

LES
MESURES PROVISOIRES
SELON L'ART. 145 Ccs.

THÈSE DE DOCTORAT

PRÉSENTÉE
A LA
FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BERNE
PAR
Jean STEINEGGER,
DE TWANN

**LES MESURES PROVISOIRES
SELON L'ART. 145 Ccs**

LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ
DE BERNE A ACCEPTÉ CETTE THÈSE LE 23 JUIN
1949, SUR PROPOSITION DE MONSIEUR LE
PROFESSEUR COMMENT, JUGE AU TRIBUNAL
FÉDÉRAL, SANS POUR AUTANT VOULOIR SE
PRONONCER SUR LES OPINIONS QU'ELLE REN-
FERME.

LES
MESURES PROVISOIRES
SELON L'ART. 145 Ccs.

THÈSE DE DOCTORAT

PRÉSENTÉE
A LA
FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BERNE

PAR
Jean STEINEGGER,
DE TWANN

IMPRIMERIE DU CHATEAU, THONON
1950



TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
BIBLIOGRAPHIE	IX
ABRÉVIATIONS	XII
AVANT-PROPOS	1
PREMIÈRE PARTIE. — INTRODUCTION.	
CHAPITRE PREMIER : APERÇU HISTORIQUE.	
§ 1. La loi sur l'état civil et le mariage et l'ancien droit cantonal	3
§ 2. Nécessité de l'unification	5
§ 3. Avant-projet de 1896 et projet de 1904 ; l'art. 145 Ccs actuel	7
§ 4. Autres mesures provisoires relatives à l'art. 145 Ccs	8
CHAPITRE SECOND : L'ART. 145 Ccs DANS LE SYSTÈME DU CODE CIVIL SUISSE.	
§ 5. Des principes généraux en droit suisse	9
§ 6. Des principes généraux en droit de la famille	15
§ 7. Des principes généraux en matière de divorce	17
DEUXIÈME PARTIE. — LES CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ART. 145 Ccs.	
CHAPITRE PREMIER : JUSTIFICATION DE L'ART. 145 Ccs.	
§ 8. L'intervention du juge	20
§ 9. But et effets	22
§ 10. Portée des mesures provisoires	23
CHAPITRE SECOND : APPLICABILITÉ DE L'ART. 145 Ccs.	
§ 11. En procédure de nullité de mariage (art. 120 ss Ccs). Action en constat de mariage	25
§ 12. En procédure de désaveu de paternité (art. 253 ss Ccs) ...	27
§ 13. En procédure de recherche de paternité (art. 307 ss Ccs) ..	29
§ 14. En procédure de révision d'un jugement en divorce (art. 157 Ccs)	32
§ 15. En procédure de divorce consécutive à un jugement en séparation de corps (art. 147 et 148 Ccs)	35
CHAPITRE TROISIÈME : § 16. NATURE JURIDIQUE DES MESURES PROVISOIRES	
	36

CHAPITRE QUATRIÈME : RELATIONS ENTRE LES ART. 145 et 169 Ccs.

§ 17. Différences fondamentales	39
§ 18. For	41
§ 19. Validité des mesures selon l'art. 169 Ccs durant le procès en divorce	43
§ 20. Détermination du for de l'action en divorce	43
§ 21. Pour les étrangers domiciliés en Suisse	44

TROISIÈME PARTIE. — LES DIFFÉRENTES MESURES EN PARTICULIER.

CHAPITRE PREMIER : LA DEMEURE ET L'ENTRETIEN DE LA FEMME.

§ 22. La demeure de la femme	45
§ 23. L'entretien de la femme	47

CHAPITRE SECOND : LA GARDE DES ENFANTS.

§ 24. Introduction	56
§ 25. Compétence du juge	57
§ 26. L'entretien des enfants	60

CHAPITRE TROISIÈME : LES INTÉRÊTS PÉCUNIAIRES DES ÉPOUX.

§ 27. L'avance de frais (provisio ad litem)	62
§ 28. Les autres mesures prévues par le Code civil	71

QUATRIÈME PARTIE. — PROCÉDURE.

CHAPITRE PREMIER : DURÉE DES MESURES PROVISOIRES.

§ 29. Règle générale	77
§ 30. Cas spéciaux	83

CHAPITRE SECOND : FOR.

§ 31. Dispositions applicables	87
§ 32. For de l'action principale	89
§ 33. Examen de la compétence	100
§ 34. For indépendant des mesures provisoires	106
§ 35. For de l'action en modification d'un jugement en divorce	109
§ 36. For de l'action en divorce intervenant sur jugement en séparation de corps	111

CHAPITRE TROISIÈME : DE LA COMPÉTENCE A RAISON DE LA MATIÈRE.

§ 37. En première instance	111
§ 38. En instance d'appel	112
§ 39. En instance de recours au Tribunal fédéral	113

CHAPITRE QUATRIÈME : DE LA PROCÉDURE PROPREMENT DITE.

§ 40. Forme	115
-------------------	-----

	PAGES
§ 41. Des preuves	116
§ 42. Des frais et dépens	119
CHAPITRE CINQUIÈME : DES VOIES DE RECOURS.	
§ 43. De droit cantonal	121
§ 44. De droit fédéral	123
CINQUIÈME PARTIE. — DE L'EXÉCUTION FORCÉE.	
CHAPITRE PREMIER : ORDONNANCES PORTANT SUR DES SOM- MES D'ARGENT A PAYER OU DES SURETÉS A FOURNIR.	
§ 45. Poursuite pour dettes	130
§ 46. Exceptions à l'interdiction de l'art. 173 Ccs	136
§ 47. Main-levée d'opposition	142
CHAPITRE SECOND : ORDONNANCES NE PORTANT PAS SUR DES SOMMES D'ARGENT A PAYER OU DES SURETÉS A FOURNIR.	
§ 48. Procédure cantonale	146
§ 49. Les différentes solutions de la procédure cantonale	147
CHAPITRE TROISIÈME : § 50. ENTR'AIDE JUDICIAIRE	149
CHAPITRE QUATRIÈME : RÉPRESSION PÉNALE.	
§ 51. De droit fédéral	151
§ 52. De droit cantonal	153
CONCLUSION	154

BIBLIOGRAPHIE

- ALEXANDER E. — Neues zur Scheidung und Trennung von Ausländernehen. SJZ 38/1.
- BACHMANN. — Prozessrechtliche Fragen aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrechte. ZSR n.F. 20/542.
- BAER. — Die Ehescheidung und-Trennung der Ausländer unter dem ZGB. SJZ 9/217.
- BIRCHMEIER W. — Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege. Fascicule 1 à 5. Zurich 1945/48.
- BLOCHER E. — Ueber die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei der Ehescheidung. ZSR n.F. 36/250.
- BURCKHARDT W. — Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung. 3^{me} édition. Berne 1931.
- COMMENT A. — Les actions du droit de famille suisse non expressément prévues. ZBJV 71/534.
- CURTI-FORRER E. — Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen. Zurich 1911.
- VON DACH R. — Die Geltendmachung familienrechtlicher Unterstützungsansprüche im Kt. Bern. ZBJV 75/228.
- DIENER E. — Das Ermessen, Thèse Zurich 1920.
- EGGER A. — Das Familienrecht des schweizerischen ZGB, kommentiert von... Zurich 1914.
- EGGER A. — Das Personenrecht. Zurich 1911.
- EGGER A. — Die Ehescheidung nach ZGB und das Scheidungsverfahren nach kantonalem Prozessrecht. Zurich 1944.
- ERNY H. — Der ausserordentliche Güterstand nach dem schweizerischen ZGB. Thèse Zurich 1919.
- ETTER E. — Die vorsorglichen Massregeln im Ehescheidungs-und Ehetrennungsprozess nach Art. 145 ZGB. Thèse Zurich 1933.
- Exposé des Motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police de 1900. Berne 1901.
- FAVEY J. — Code de procédure civile vaudois annoté. Lausanne 1931.
- FAVEY J. — Supplément au Code de procédure civile annoté. Lausanne 1938.
- FORRER O. — Rassehygiene und Ehegesetzgebung. Thèse Zurich 1913.
- FREY H. — Die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern nach schweizerischem Recht. Aarau 1948.

- GANZ E. — Die Nebenfolgen der Ehescheidung. Thèse Zurich 1921.
- GISI M. — Verhandlungs- und Officialmaxime im Eheprozessrecht. ZSR n.F. 32/419.
- GMUER M. — Kommentar zum Familienrecht. Berne 1914.
- GONVERS-SALLAZ A. — Le registre foncier suisse. Commentaire de l'ordonnance fédérale du 22 février 1910 sur le registre foncier. Lausanne 1938.
- GRANER P. — Die einstweiligen Verfügungen nach bernischem Zivilprozess. Thèse Berne 1932.
- HAFFTER C. — Kinder aus geschiedenen Ehen. Berne 1948.
- HAUSER E. — Die Wahrung der Kindesinteressen im Ehescheidungsprozess. SJZ 35/257.
- HUBER E. — System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes. 4 vol. Bâle 1886/93.
- HUEBSCHER J. — Unterhalts- und Unterstützungspflicht im Familienrecht des schweizerischen ZGB. Thèse Zurich 1918.
- JACCARD P. — Les mesures provisionnelles. Thèse Lausanne 1925.
- JAEGER. — Die Lohnpfändung. SJZ 32/79.
- KOUTAISOFF P. — Des mesures provisionnelles et du séquestre dans les relations franco-suissees. SJZ 34/56.
- LANDOLT. — Einfluss der Ehescheidung auf das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern. Thèse Zurich 1925.
- LEEMANN H. — Grundbuchsperrn nach kantonalem Recht. SJZ 23/209.
- LEEMANN S.-V. — Die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen im Grundbuch nach dem schweizerischen ZGB. Thèse Zurich 1937.
- LEUCH G. — Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern. Berne 1937.
- LUTZ O. — Klageerhebung und Vermittlungsvorstand. SJZ 27/114.
- MAECHLER. — Sicherung des Frauengutes. Thèse Berne 1913.
- PANCHAUD et CAPREZ. — La mainlevée d'opposition. Zurich et Lausanne 1939.
- DU PASQUIER C. — La demeure séparée et le domicile personnel de la femme mariée. JT 1913 I 290.
- PICOT A. — La jurisprudence en matière de divorce et de séparation de corps sous le régime du Ccs. ZSR n.F. 48/1a.
- REY W. — De la séparation de corps en droit civil suisse. Thèse Lausanne 1915.
- ROSSEL V. et MENTHA F.-H. — Manuel du droit civil suisse. Tome premier. 2^{me} édition. Lausanne.
- RUCK E. — Schweizerisches Staatsrecht. 1933.
- RUEMELIN. — Der Vorentwurf zu einem schweizerischen ZGB. Leipzig 1901.
- SCHIRMER P. — Besteht eine Pflicht des Ehemannes, der Ehefrau im Scheidungsprozess einen Kostenvorschuss zu leisten ? SJZ 22/16.

- SCHLATTER A.-M. — Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft. Thèse Zurich 1920.
- SCHULTZ. — Die privatrechtliche Stellung der Ehefrau. Thèse Zurich 1908.
- SCHWEIZER A. — Der Einfluss des ZGB auf die Gestaltung des ehelichen Güterrechts. ZSR n.F. 47/61 a.
- SCHWEIZER D. — Die Versorgung vernachlässigter Kinder nach Art. 284 des schweizerischen ZGB. Aarau 1948.
- SEEGER H. — Die Rechtsprechung in Ehescheidungs- und Trennungssachen nach schweizerischem ZGB. ZSR n.F. 48/105 a.
- STAUFFER W. — Der Ehescheidungsgerichtsstand in der Schweiz. Thèse Berne 1922.
- STREBEL J. — Geschiedene Ehen. Lucerne 1943.
- TROLLER A. — Die Pflicht des Ehemannes, Frau und Kind im Statusprozess nach ZGB Art. 253 ff. die Mittel zur Führung des Prozesses zur Verfügung zu stellen. SJZ 37/167.
- VALLOTTON. — Le divorce et la séparation de corps en droit international privé. 1914.
- WEISS G. — Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen ZGB und OR. Tome I. Zurich 1925.
- WIELAND. — Das Sachenrecht des schweizerischen ZGB, erläutert von... Zurich 1909.
- VON WYSS K. — Zum Verfahren betr. die Abänderung von Scheidungs- und Vaterschaftsurteilen. SJZ 14/68.
- ZIEGLER W. — Die vorsorgliche Massnahme in der Zivilprozessgesetzgebung der schweizerischen Kantone. Thèse Zurich 1944.

REVUES :

Blätter für zürcherische Rechtsprechung (BlZür).

Journal des Tribunaux (JT) :

I. Droit fédéral.

II. Poursuite pour dettes.

III. Droit cantonal.

Revue Suisse de Jurisprudence (SJZ).

Revue de Droit Suisse (ZSR).

Revue de la Société des Juristes Bernois (ZBJV).

Semaine Judiciaire (SemJud).

Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR).

ABRÉVIATIONS :

ATF	Arrêt du Tribunal fédéral, recueil officiel.
Ccs	Code civil suisse du 10 décembre 1907.
CF	Constitution fédérale du 29 mai 1874.
CO	Code des obligations du 30 mars 1911/18 décembre 1936.
CPC	Code de procédure civile.
CPS	Code pénal suisse du 21 décembre 1937.
EG z. ZGB	Einführungsgesetz zum schweizerischen Zivilgesetzbuch
FF	Feuille fédérale.
LA.Ccs	Loi d'application du Code civil suisse.
LI.Ccs	Loi introductive du Code civil suisse.
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889.
LPC	Loi de procédure civile.
n.F.	neue Folge.
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 sept. 1943.
OM	Organisation militaire de la Confédération suisse du 12 avril 1907.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

AVANT-PROPOS

Si nous avons choisi ce sujet certes déjà traité, nous n'avons nullement eu la prétention de faire mieux que les ouvrages existant déjà sur la matière. Au contraire, ce travail s'est inspiré dans une large mesure de ces ouvrages pour en développer quelques idées qui n'y sont pas, pour des raisons imposées par le sujet choisi, traitées sur une base assez large et qui, toutefois, nous semblent être susceptibles d'intérêt. En effet, la matière qui fait l'objet de notre examen, touchant à la fois au droit matériel et au droit formel, régie d'une part par le droit fédéral et par le droit cantonal d'autre part, ne saurait être envisagée que sous l'aspect apparemment très restreint que lui confère le Code civil suisse. La vie pratique, avec son immense variété, ne s'en tient pas aux limites que lui trace le législateur. Il appartient alors au praticien, qu'il soit juge ou avocat, de recréer en quelque sorte l'œuvre du législateur pour déterminer la norme applicable au cas concret qui l'occupe.

Certes, on pourra reprocher à ce travail de sortir parfois du cadre que lui trace le sujet et de négliger certaines questions qui devraient précisément y figurer. Il ne faut cependant pas oublier que ce travail doit se greffer en quelque sorte sur les études déjà parues et tend à les compléter. A cet effet, il nous a paru vain de reprendre ce qui a déjà été dit — une telle entreprise n'aurait d'ailleurs aucun mérite —, par contre nous avons débuté là où il nous a semblé opportun de pousser les recherches plus à fond en renvoyant pour le surplus aux ouvrages dont il sera question.

Nous nous plaisons à exprimer ici toute notre gratitude à Monsieur le Professeur Comment qui a bien voulu assumer la direction de cette thèse et nous prodiguer de précieux conseils.

LAUSANNE, Mai 1949.

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER :

APERÇU HISTORIQUE.

§ 1. La loi sur l'état civil et le mariage et l'ancien droit cantonal.

Il serait superflu de vouloir relater ici les différentes étapes parcourues jusqu'à l'élaboration du Code civil suisse. Il convient toutefois de rappeler qu'avant son entrée en vigueur, le droit civil suisse présentait non seulement une variété due aux particularités des différents codes cantonaux alors en vigueur, mais encore étions-nous en présence d'un dualisme néfaste créé par l'existence côte à côte de droit cantonal dont le pouvoir se limitait au territoire du canton respectif d'une part, et de droit fédéral étendant son champ d'application sur tout le territoire de la Confédération et pourvu de force dérogatoire sur le droit cantonal d'autre part. Cet état de chose durait depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale concernant l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage, du 24 décembre 1874 (en abrégé : loi fédérale sur l'état civil et le mariage). Quoique cette loi marquât le premier pas vers l'unification du droit civil suisse qui devait être atteinte au détriment de la souveraineté des cantons en matière de droit civil, elle n'en restait néanmoins qu'une solution transitoire qui ne contribua nullement à faire disparaître la dispersion régnant en droit civil suisse. Au contraire, les compétences laissées aux cantons, jaloux de leurs prérogatives, suffirent à le plonger dans une plus grande diversité encore.

* Ainsi le divorce et la séparation de corps — auxquels se rapporte le sujet de ce travail — étaient régis en partie par le droit fédéral et en partie par le droit cantonal, sans parler de la procédure qui, comme par le passé, à quelques rares ingérences du droit fédéral près, est encore du ressort des cantons. La dite loi fédérale se bornait à déterminer le for des actions en divorce et en nullité de mariage, à régler de façon uniforme les causes de divorce et les cas de nullité de mariage et à prescrire aux cantons sous quelles conditions le divorce

d'époux étrangers pouvait être prononcé en Suisse. En revanche, elle laissait le soin, voire même prescrivait aux cantons de légiférer sur les effets ultérieurs du divorce et de la séparation de corps, notamment en ce qui concernait la personne des époux, leurs biens, l'éducation des enfants et les indemnités à la charge de la partie coupable.

Ce compromis ne pouvait manquer de se manifester également en matière de mesures provisoires. En effet, l'art. 44 de la loi précitée enjoignait au juge d'ordonner pour la durée du procès, si la requête en était faite, les mesures dictées par les circonstances concernant l'entretien de l'épouse et des enfants, en particulier d'autoriser la femme à vivre séparée. La loi fédérale de 1874 ne contenait toutefois aucune autre disposition avec laquelle l'art. 44 en question eût pu être mis en relation. Il appartenait dès lors aux cantons d'édicter les dispositions complémentaires nécessaires en vertu du principe appliqué jalousement par les cantons selon lequel ils sont libres de statuer sur les matières où toute législation fédérale fait défaut. On imagine aisément quelles en furent les conséquences : une diversité tant au point de vue des mesures à prendre qu'au point de vue de leur réalisation. L'unification en la matière n'en était non seulement pas réalisée, mais encore en semblait-elle sérieusement compromise.

Certains cantons, tel Fribourg (1), se virent contraints d'édicter de nouvelles dispositions conformes à la loi fédérale sur l'état civil et le mariage. D'autres (2), en revanche, et d'ailleurs la majorité, se contentèrent de simples ordonnances d'exécution qui avaient trait aux questions relatives au registre d'état civil, laissant intactes les dispositions en matière de divorce et de séparation de corps contenues dans les codes civils cantonaux alors en vigueur.

La diversité dont il est question plus haut nous apparaîtra plus clairement à l'appui de quelques exemples qui reflètent particulièrement les différentes conceptions ancrées dans les législations cantonales. Les lois de Bâle-Campagne (3) attribuaient au juge du divorce des compétences presque illimitées pour ordonner, au cas où la sécurité de la femme était menacée tant au point de vue moral que financier, toutes les mesures qui lui paraissaient justifiées ; par contre, le mari n'était plus tenu des engagements que pouvait prendre sa femme durant la période de séparation. La législation des cantons de Neuchâtel (4) et de Vaud (5) posait en principe que l'administration provisoire des enfants restait au mari, qu'il soit demandeur ou défendeur au divorce ;

(1) Fribourg : Loi du 27 novembre 1875 sur le mariage civil et la procédure en cette matière. — (2) Par exemple : Bâle-Ville. Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz betr. Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe, du 27 octobre 1875. Lucerne, Gesetz zur Einführung des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe, du 23 novembre 1875. Vaud, Loi sur l'état civil du 8 novembre 1875. Neuchâtel, Décret pour la mise en vigueur de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage du 26 janvier 1876. — (3) Bâle-Campagne : Gesetz betr. eheliches Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen, du 30 avril 1891, § 20. — (4) Neuchâtel : Code civil modifié du 27 janvier 1855, art. 173 et 174. — (5) Vaud : Code civil du 11 juin 1819, art. 136 et 137.

en outre, la femme était autorisée à quitter le domicile du mari pendant la poursuite et pouvait revendiquer à cet effet une pension alimentaire proportionnée aux facultés du mari. Le Code civil neuchâtelois (6) conférait par contre au juge la faculté de prescrire à l'épouse la maison dans laquelle elle était tenue de résider, et, le cas échéant, de justifier de sa résidence toutes les fois qu'elle en serait requise ; à défaut de cette justification, le mari pouvait lui refuser la provision alimentaire et même, si la femme était demanderesse au divorce, la faire déclarer non recevable à continuer la poursuite. La loi fribourgeoise sur le mariage civil (7) usait à l'égard de la femme de la même rigueur ; elle semblait toutefois vouer son attention plutôt aux biens matériels de l'épouse et des enfants puisqu'elle prévoyait l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la femme, faisait bénéficier celle-ci de toute mesure propre à assurer la reprise de ses biens et déclarait nulle toute aliénation qui aurait été faite par le mari au préjudice des enfants (8). Le Code civil neuchâtelois (9) prévoyait en outre, au profit de la femme commune en biens, d'une part l'assistance d'un curateur et l'inventaire juridique des biens de la communauté, d'autre part l'annulation de toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté et de toute aliénation par lui des immeubles qui en dépendaient s'il était prouvé par ailleurs qu'elle ait été contractée en fraude des droits de la femme. Le droit matériel de certains cantons (10) contenait des dispositions aux termes desquelles le mari pouvait être tenu d'avancer à sa femme les frais de procès en divorce, soit sous forme d'une provision spéciale à ce titre, soit sous forme de pension alimentaire sensiblement majorée. Certains cantons enfin astreignaient le mari à fournir une caution pour garantir son obligation (11), d'autres lui permettaient, au contraire, de s'en libérer précisément par une caution (12). La législation fribourgeoise connaissait même les deux possibilités (13), en plus de celle d'obliger l'instant aux mesures provisoires à fournir caution pour les dommages qui pouvaient en résulter (14).

§ 2. Nécessité de l'unification.

Dès lors, l'unification du droit civil suisse devenait d'une urgente nécessité. La votation populaire du 13 novembre 1898 ayant attribué à la Confédération, en modifiant l'art. 64 de la Constitution fédérale, la compétence de légiférer en matière de droit civil, plus rien ne s'opposait à la création d'un Code civil suisse.

Les arguments militant en faveur de l'unification du droit civil

(6) Art. 174 et 176. — (7) Citée sous 1, art. 89. — (8) Art. 63 et 88 leg. cit. — (9) Art. 176. — (10) Argovie : Bürgerliches Gesetzbuch, § 140. Berne : Civilgesetzbuch, Satzung 131. — (11) En particulier Bâle-Campagne, § 20 leg. cit. — (12) Vaud, art. 138 leg. cit. Neuchâtel, art. 176 leg. cit. — (13) Art. 63 et 65 leg. cit. — (14) Fribourg, CPC art. 192.

étaient multiples. La diversité des lois en vigueur compromettait la prospérité du marché national ; seule une plus grande unité dans le droit pouvait y remédier. Le défaut de cohésion entre les diverses parties du pays leur faisait perdre et la notion des devoirs imposés à la législation et la force indispensable pour les accomplir. La législation des différents cantons subissait en outre des influences étrangères qui ne trouvaient pas leur justification dans la nature des choses et qui, faute d'une intervention opportune, auraient abouti à immoler au goût de l'imitation les parties saines du droit traditionnel. Le but du législateur consistait plutôt à conserver qu'à innover (15). Il est certain que dans une unification générale, les détails sont négligés à tel point qu'il aurait déjà été très méritoire d'arriver à codifier le droit existant sans rien y changer. Néanmoins peut-on dire du Code civil suisse, élaboré au cours de maintes années, produit de longues études sur le droit privé antérieur (16), qu'il a réalisé les espoirs que l'on mettait de part et d'autre en lui.

Le Code civil suisse a repris les prescriptions essentielles de la loi fédérale de 1874 concernant le divorce. Il a institué toutefois un régime mieux ordonné et plus juste par le fait qu'il traite également des effets du mariage quant à la personne des époux, ce qui n'était pas possible ou du moins ne paraissait pas recommandable aussi longtemps que le droit cantonal subsistait encore partiellement dans ce domaine. En matière de divorce, le Code civil instaurait une réglementation complète du droit matériel et ajoutait aux dispositions de droit procédural de la loi fédérale de 1874 concernant le for de l'action et les mesures provisoires, quelques dispositions susceptibles d'assurer une application uniforme et équitable du droit matériel, notamment l'atténuation de la maxime du débat, l'interdiction du serment, la libre appréciation des preuves et la ratification obligatoire des conventions entre parties relatives aux effets accessoires du divorce et de la séparation de corps (art. 158 Ccs).

Ces dispositions ont été dictées par les expériences faites au cours de 25 ans sous le régime de la loi de 1874. Le législateur s'est efforcé d'améliorer les prescriptions sur le divorce contre lesquelles tant de plaintes s'étaient élevées. On s'est posé la question de savoir si le droit fédéral ne pourrait pas faire un pas de plus. Le projet primitif contenait, par exemple, une disposition à teneur de laquelle, une fois l'action en divorce introduite, le juge pouvait, de son propre chef ou à la requête du demandeur, prononcer en tout état de cause le renvoi des débats à deux ans au plus, pour autant que la cause du divorce n'était pas un acte punissable et lorsque subsistait la perspective que les époux se réconcilient dans l'intervalle (17). Ce texte ne fut pourtant pas adopté parce qu'il empiétait sur la procédure civile des cantons et qu'il aurait été incompatible avec le rôle assigné au

(15) Exposé des motifs, p. 5. — (16) Eugen Huber : *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, 4 vol. (1884-1893). — (17) Exposé des motifs, p. 126.

juge par plusieurs lois cantonales. En revanche, il aurait été loisible au législateur d'insérer au Code civil une disposition analogue à celle du Code civil français (18), aux termes de laquelle l'action en divorce est déclarée irrecevable durant les trois premières années de mariage. On ne peut reprocher à une telle disposition d'appartenir à la procédure et, partant, adaptée au droit suisse, d'empiéter sur le domaine réservé au droit cantonal.

§ 3. Avant-projet de 1896 et projet de 1904 ; l'art. 145 Ccs actuel.

L'art. 145 Ccs actuel, maintenant les dispositions analogues de la loi de 1874, a conservé, dans son ensemble, la teneur que lui conférait déjà le projet départemental de 1896 qui devint, à quelques modifications près, l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police de 1900. Le vœu avait cependant été émis qu'il aurait été utile que le droit fédéral allât un peu plus loin et disposât de quelle manière ces mesures doivent être prises (19) ; il n'en fut toutefois pas tenu compte.

L'art. 164 de l'avant-projet de 1896 était rédigé ainsi :

« Le juge ordonnera, après l'introduction de l'action en divorce, les mesures provisoires nécessaires, concernant la demeure et l'entretien de la femme, les biens matrimoniaux et les enfants ».

Quant à l'art. 145 Ccs actuel, il est ainsi conçu :

« Le juge prend, après l'introduction de la demande, les mesures provisoires nécessaires, notamment en ce qui concerne la demeure et l'entretien de la femme, les intérêts pécuniaires des époux et la garde des enfants ».

A part quelques modifications d'ordre strictement rédactionnel, il semble que l'évolution subie par cet art. 164 devenu l'art. 168 de l'avant-projet de 1900, puis l'art. 152 du projet de 1904, enfin l'art. 145 Ccs actuel, tendait à une extension de la portée des mesures provisoires. En effet, on ne saurait interpréter l'art. 164 de l'avant-projet, au sens strict du texte, comme énumération exemplificative des mesures à envisager, signification qu'a sans aucun doute acquise l'art. 145 Ccs actuel par l'adjonction du mot « notamment ». De même, l'avant-projet ne voulait étendre les mesures provisoires qu'aux biens matrimoniaux, alors qu'il est question, à l'art. 145 Ccs, des « intérêts pécuniaires des époux », expression qui vise non seulement les biens matrimoniaux, mais aussi d'autres valeurs qui ne sont pas considérées comme tels.

Le texte allemand a subi des modifications sensibles en ce sens

(18) Art. 233 dans la teneur de l'art. 1 de la loi du 2 Avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps (ZBJV 77/415). — (19) Exposé des motifs, p. 124/125.

que le législateur a laissé tomber l'adjonction de « *zuständig* » (dans l'expression : *der zuständige Richter*) qui figurait aussi bien dans le texte de 1896 que dans celui du projet. Cette suppression qui ne devait, dans l'intention du législateur, modifier en quoi que ce soit le sens de l'art. 145 Ccs, semblait justifiée parce qu'elle simplifiait le texte et supprimait en même temps une précision soi-disant superflue ; par la suite, elle donna toutefois lieu à des divergences dans l'application de l'art. 145 Ccs, en particulier dans la détermination du for. Par rapport au texte français, le texte allemand spécifie que ces mesures doivent être prises pour la durée du procès (20). Une telle précision ne figure pas dans le texte français, mais on peut imaginer aisément qu'il s'agit là d'une omission pure et simple.

§ 4. Autres mesures provisoires relatives à l'art. 145 Ccs.

Toutes les dispositions ayant trait aux mesures provisoires pour la durée du procès en divorce ou en séparation de corps ne sont pas contenues à l'art. 145 Ccs. Les raisons qui peuvent avoir déterminé le législateur à limiter les dispositions sur les mesures provisoires au strict minimum et à renvoyer, pour le surplus, implicitement aux autres dispositions applicables en l'espèce, sont avant tout d'ordre méthodique : les différentes questions ayant un rapport quelconque avec l'art. 145 Ccs sont traitées avec les matières auxquelles elles se rattachent directement. Les mesures provisoires touchent en effet, comme le laisse d'ailleurs entrevoir clairement le texte de l'art. 145 Ccs, autant au droit des personnes et aux droits réels qu'au droit de la famille. Le législateur a toutefois renoncé à énumérer toutes les dispositions auxquelles il y a lieu de se référer, et ceci pour des raisons fort compréhensibles : pour éviter des répétitions et pour laisser à l'art. 145 Ccs l'importance secondaire qui lui est échue dans le cadre des dispositions sur lesquelles il se greffe. On ne saurait, dès lors, interpréter l'art. 145 Ccs sans devoir, du même coup, vouer son attention aux autres dispositions du droit civil auxquelles il est renvoyé.

Néanmoins, il convient de relever ici deux dispositions de caractère éminemment provisoire et qui pourraient tout aussi bien figurer à l'art. 145 Ccs. Ce sont :

l'art. 170 al. 2 Ccs (21), aux termes duquel chacun des époux a le droit, après l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps, de cesser la vie commune pendant la durée du procès ; et l'art 176 al. 2 Ccs selon lequel l'exécution forcée peut toujours être poursuivie pour le recouvrement des subsides que l'un des époux doit à l'autre en vertu d'une décision du juge.

(20) Cf. LA. Ccs valaisanne art. 26 : « pour la durée du procès ». CPC vaudois art. 403 : « pendant la litispendance ». — (21) Cette disposition figure expressément comme mesure provisoire en procédure de divorce dans : Vaud, LI. Ccs art. 4 ch. 10 et art. 43 ; Valais, LA. Ccs art. 26 ; EG z. ZGB Appenzell Rh. Ext. art. 9, Rh. Int. art. 14, Zurich § 11, Uri § 8.

La position de l'art. 176 al. 2 Ccs en tant que mesure provisoire, dérogeant au principe posé à l'art. 173 Ccs peut encore s'expliquer, car l'allocation de subsides que l'un des époux doit à l'autre peut non seulement être ordonnée au cours d'une procédure en divorce à titre de mesure provisoire, mais aussi sous forme de mesure protectrice de l'union conjugale (art. 170 al. 3 Ccs) et à teneur de l'art. 246 Ccs en vertu duquel l'autorité compétente fixe en cas de dissentiment la contribution de la femme aux charges du mariage. Par contre, on conçoit difficilement les raisons qui inciterent le législateur à intercaler entre les al. 1 et 3 de l'art. 170 Ccs, le deuxième alinéa cité plus haut qui ne s'y rapporte pas et en rompt tout au plus l'unité. Le projet de la Commission des experts maintenait pourtant la séparation en ce sens que l'art. 170 Ccs actuel y figurait aux art. 193 et 193 bis (22).

— :: —

CHAPITRE SECOND :

L'ART. 145 Ccs DANS LE SYSTÈME DU CODE CIVIL SUISSE.

§ 5. Des principes généraux en droit suisse.

Si l'on remonte, en partant de l'art. 145 Ccs, successivement tous les échelons de cet édifice que représente le Code civil suisse, on parvient à trois principes fondamentaux qui soutiennent et dominent à la fois tout le droit suisse. Il convient d'en examiner l'influence sur les mesures provisoires en procédure de divorce et de séparation de corps.

1. Le premier de ces principes généraux consiste à distinguer le droit impératif du droit dispositif. Lors de la rédaction du Code civil suisse, on avait songé à insérer, dans le titre sur les effets personnels du mariage, une disposition finale portant que les règles édictées par le législateur avaient un caractère impératif (23). L'ordre public et les mœurs sont intéressés à ce qu'on ne puisse y déroger lorsque la loi ne prévoit pas d'exceptions. Mais des considérations, tendant à envisager la question non seulement sous l'angle de la morale, ont engagé le législateur à sacrifier à l'évolution des idées juridiques et aux circonstances particulières de chaque espèce, le soin de distinguer celles d'entre ces dispositions qui doivent être regardées comme étant de droit strict. La disposition générale en question n'a pas été reprise par le Code civil. Néanmoins faut-il considérer les dispositions concernant les effets généraux qu'engendre le mariage — dispositions auxquelles

(22) Séance du 21 octobre 1901. — (23) Exposé des motifs, p. 140.

est également soumis l'art. 145 Ccs — comme des dispositions de droit impératif auquel les époux ne peuvent déroger. Cette distinction acquiert de l'importance en regard de l'art. 145 Ccs lorsque les conjoints, opposés l'un à l'autre dans une procédure de divorce ou de séparation de corps, règlent par convention leurs relations réciproques et envers les enfants pour la durée du procès, s'évitant ainsi une ingérence de plus dans leurs affaires personnelles. La question qui se pose ici se borne à l'examen de l'admissibilité d'une telle convention. Pour les effets accessoires du divorce, la question est résolue à l'art. 158 ch. 5 Ccs, aux termes duquel les conventions relatives aux effets accessoires du divorce ou de la séparation de corps ne sont valables qu'après leur ratification par le juge. S'il devait en être de même pour les conventions tenant lieu de mesures provisoires pour la durée du procès, le Code ne se serait pas exprimé de façon si précise (24). Une interprétation très large de cette disposition n'est donc guère possible. Par contre, une application par analogie pourrait se justifier si l'on considère que les abus que cette disposition veut réprimer peuvent tout aussi bien se produire dans la conclusion de conventions pour la durée du procès. Admettre en principe des conventions entre parties en cause signifie non seulement nier le caractère impératif des dispositions auxquelles la convention supplée, mais aussi faciliter en un certain sens la tâche du juge ; car personne n'est certes mieux orienté sur les relations entre parties que les parties elles-mêmes. Par contre, la ratification de la convention par le juge équivaut au prononcé d'un jugement qu'auraient suggéré d'un commun accord les parties en cause, et, partant, à l'affirmation du caractère impératif du droit applicable, car le juge ne doit ratifier une telle convention que lorsqu'il est convaincu qu'elle est équitable et conforme à la loi. La solution de l'art. 158 ch. 5 Ccs est donc des plus heureuses puisqu'elle tire parti des avantages que procurent les conventions conclues entre parties et qu'elle en supprime simplement les inconvénients. Quant à appliquer l'art. 158 ch. 5 également aux conventions passées entre parties au divorce pour la fixation des subsides qu'un des époux doit à l'autre, on ne peut en entrevoir la nécessité. Les mesures prises par le juge en vertu de l'art. 145 Ccs tendent à assurer entre autres l'entretien de la femme durant le procès en divorce. Or, si les époux conviennent par eux-mêmes de régler leur situation à l'amiable, une intervention du juge n'est plus nécessaire ni même indiquée, puisque le but visé par une telle intervention est déjà atteint par l'accord des parties sur ce point. C'est aussi l'avis du Tribunal fédéral (25) que les conventions entre parties durant une procédure en divorce ne sont pas soumises à la ratification du juge. Les seules objections que l'on pourrait formuler à l'égard de cette manière de voir se rapportent aux conventions relatives à la garde des enfants durant le procès, car les parents sont censés, dans ces cas-là, ne pas se laisser guider par l'intérêt des enfants, comme le voudrait la loi, mais par leur intérêt personnel qui n'est souvent qu'un intérêt

(24) Cf. cependant Etter, p. 117. — (25) ATF 70 III 80.

purement pécuniaire. Mais il ne faut pas perdre de vue que ces conventions ont une durée provisoire et que la réglementation définitive, pour autant qu'elle ait lieu également par convention, est soumise à la ratification du juge. La protection des enfants est donc suffisamment assurée sans qu'il y ait lieu d'exiger que les conventions conclues à leur sujet par les parents doivent être ratifiées par le juge.

Le fait en lui-même que les parties au divorce peuvent remplacer par une convention les mesures provisoires qu'il appartiendrait au juge de prononcer, ne permet toutefois pas, eu égard à la nature toute particulière de ces conventions, de conclure que les dispositions du droit de la famille qui seraient applicables à défaut de convention ne sont pas de caractère impératif. Si le législateur admet en principe de telles conventions, c'est qu'il y entrevoit avant tout un moyen d'assurer la paix entre les époux. Or, si celle-ci règne, il n'y a dès lors plus aucune raison à ce que le juge intervienne et la trouble, le cas échéant, par des mesures qui auraient pour effet de contrarier l'époux contre lequel elles sont ordonnées.

Une fois la possibilité de telles conventions admise en principe, il conviendra d'examiner en d'autres circonstances dans quelle mesure il y a lieu de leur attribuer force probatoire dans la procédure en divorce subséquente et avec quelle circonspection elles peuvent être prises en considération lors de la réglementation définitive des effets accessoires du divorce. Une autre question se pose aussi quant à l'objet de ces conventions et quant aux conditions dans lesquelles l'un des époux peut s'en prévaloir contre l'autre.

La règle selon laquelle les dispositions édictées par le législateur ont un caractère impératif vaut également pour les dispositions concernant le for de l'action en divorce, respectivement des mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs, comme il conviendra de le démontrer par la suite.

2. Le deuxième principe fondamental touchant à l'art. 145 Ccs est celui de la force dérogatoire du droit fédéral sur le droit cantonal. Ce principe déploie ses effets dans la détermination du for de l'action en divorce, respectivement des mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs. Son application se justifiera en outre lorsqu'il sera question d'établir en vertu de quel droit — fédéral ou cantonal — des mesures provisoires peuvent être ordonnées en procédure de divorce, et quelles sont les conditions déterminantes de leur application. Une divergence peut enfin surgir quant au choix des différentes mesures à prendre et quant au droit applicable pour déterminer le moment à partir duquel une action peut être considérée comme introduite au sens de l'art. 145 Ccs.

3. Le troisième principe qu'il y a lieu de relever ici est plutôt un principe de droit formel. Il réside dans la discrimination que fait le code entre les dispositions applicables d'office et celles applicables seulement si le juge en est requis. Transcrit sur le plan de la procédure, ce principe se résume dans la prédominance tantôt de la maxime d'office, tantôt de la maxime du débat.

A l'aide de ce principe, il sera possible de trancher la question de savoir si le juge peut intervenir de son propre chef au cours d'une procédure de divorce ou de séparation de corps, en ordonnant des mesures provisoires, ou si, au contraire, il doit attendre d'en être requis par l'une des parties en cause.

Le texte initial de l'art. 145 Ccs (26) était ainsi conçu : « Le juge ordonnera... ». L'avant-projet de 1900 (27) a repris cette même formule. Par contre, l'art. 145 Ccs actuel débute ainsi : « Le juge prend... ». Il n'est guère possible de tirer de cette nuance due peut-être au seul hasard ou à des raisons d'ordre purement rédactionnel des conclusions pertinentes. Le texte allemand, d'autre part, a subi des modifications assez sensibles qui nous permettent d'imaginer les considérations dont peut s'être inspiré le législateur. Ainsi, l'avant-projet de 1896 (26) prescrivait : « Ist die Scheidungsklage angebracht, so hat der zuständige Richter nötigenfalls... vorsorgliche Massregeln... anzuordnen ». En revanche, le projet de 1904 (28) stipulait : « Ist die Klage angebracht, so trifft der zuständige Richter die... nötigen vorsorglichen Massregeln », version qui a été reprise à l'art. 145 Ccs actuel.

Si l'on remonte encore plus loin, on constatera que l'art. 44 de la loi fédérale de 1874 sur l'état civil et le mariage était rédigé de la façon suivante : « Une fois l'action introduite, le tribunal permet à la femme, sur sa demande, de vivre séparée de son mari, et ordonne, en général, pour toute la durée du procès, les mesures nécessaires pour l'entretien de la femme et des enfants ».

Au vu de ces dispositions, on peut aisément reconstituer l'évolution subie quant au principe qui nous occupe. La loi de 1874 prévoyait clairement que l'intervention du juge — du moins pour ce qui concerne l'autorisation à donner à l'épouse de vivre séparée — ne devait avoir lieu que sur demande. La façon dont sont rédigées les dispositions correspondantes des avant-projets de 1896 et de 1900 nous laisse supposer que cette intervention devait avoir lieu d'office. Enfin, le texte actuel semble s'écarter à nouveau de la maxime d'office, sanctionnée aux avant-projets, pour se rapprocher du texte de la loi de 1874, toutefois sans prescrire de façon expresse une requête de la part des époux qui solliciteraient le juge d'intervenir.

En parcourant les lois cantonales destinées à appliquer les principes posés à l'art. 145 Ccs, on constate que les deux possibilités y sont représentées. Dans les cantons où aucune disposition spéciale n'est prévue pour les mesures provisoires en procédure de divorce ou de séparation de corps, où celles-ci sont, de ce fait, assimilées aux mesures provisionnelles en général, il faut admettre que le juge doit être saisi d'une requête émanant de l'une ou de l'autre des parties au procès avant de pouvoir intervenir (29). Parmi les cantons ayant édicté des dispositions spéciales en matière de mesures provisoires pour la

(26) Art. 164 de l'avant-projet de 1896. — (27) Art. 168. — (28) Art. 152.
 (29) Thurgovie, EG z. ZGB § 4.

durée du procès en divorce, la plupart (30) exigent expressément une requête de l'époux intéressé. Dans les autres cas, cette condition est tout au moins sous-entendue (31). Certaines législations cantonales (32) se bornent à reproduire textuellement les dispositions de l'art. 145 Ccs. Seuls les cantons de Genève et de Fribourg font exception. Ainsi, la loi de procédure civile genevoise prévoit à son art. 441 (33) que le Tribunal peut ordonner sans instruction préalable les mesures provisoires prévues à l'art. 145 Ccs, les parties devant se communiquer auparavant les pièces dont elles entendent faire état et signifier l'une à l'autre leurs conclusions motivées sur mesures provisoires ; en outre, ce même article réserve la compétence du président du tribunal pour ordonner en tout temps les mesures conservatoires prévues dans la loi d'application du Ccs. La loi d'application du Ccs fribourgeoise va plus loin et enjoint au juge de prendre, soit d'office, soit à la demande des intéressés, les mesures provisoires nécessaires (art. 46). La Cour suprême du canton de Thurgovie a interprété l'art. 158 Ccs en ce sens que le juge saisi d'une demande de mesures provisoires basée à tort sur l'art. 169 Ccs devrait faire droit à cette demande en vertu de l'art. 145 Ccs (34).

Ces quelques exemples démontrent que l'art. 145 Ccs n'est pas interprété de façon uniforme, notamment en ce qui concerne l'intervention proprement dite du juge. On peut donc, en toute bonne foi, être d'avis différent sur la question de savoir si le juge doit rendre une ordonnance de mesures provisoires d'office ou sur réquisition. Même le juge fribourgeois auquel est dévolue la faculté d'intervenir d'office devra, le cas échéant, trancher cette question. Le critère applicable est certes difficile à établir eu égard à la variété des cas qui peuvent se présenter, mais le juge ne se trouvera que très rarement en présence de problèmes difficiles à résoudre et qui le feront hésiter sur la voie à suivre. La jurisprudence des tribunaux incline à ne prescrire une intervention du juge que lorsque celui-ci en est requis. C'est aussi, semble-t-il, le principe à adopter lorsqu'il peut exister des doutes à ce sujet. En règle générale, une intervention d'office se justifiera lorsque les parties en cause auront requis des mesures provisoires, mais omis de former des conclusions quant à la garde des enfants, ou encore lorsque aucune requête n'aura été faite et qu'il ressort des actes que des mesures relatives aux enfants s'imposent (35). Un cas susceptible d'inspirer des doutes peut se présenter lorsque l'épouse — à laquelle l'art. 145 Ccs songe avant tout — se trouve, non assistée qu'elle est, dans l'impossibilité de requérir par elle-même des mesures provisoires concernant sa sécurité et son entretien personnels ; des cas de ce genre seront plutôt rares, car, même si elle se trouve au bénéfice de l'assis-

(30) Ainsi les lois d'introduction du Ccs des cantons de Appenzell Rh. Ext. art. 9 ; Rh. Int. art. 14 ; St-Gall, art. 62 ; Zurich, § 11 ; Uri, § 8. En outre : Neuchâtel. CPC art. 94. Berne, CPC art. 299. — (31) Vaud, LI.Ccs art. 41. — (32) Valais, LA.Ccs art. 26. — (33) Modifié par les lois des 6.2.1943 et 12.2.1944. — (34) SJZ 11/83 n° 25. — (35) SJZ 38/84 n° 31, Etter, p. 55.

tance judiciaire, on pourra, si la conduite du procès l'exige ou si la cause offre des difficultés particulières, lui assigner un avocat d'office qui sera chargé de la défense de ses intérêts et pourra présenter une demande de mesures provisoires.

Rossel (36) est d'avis que les mesures provisoires doivent être prises non d'office, mais sur requête motivée. Gmür (note 12 ad art. 145) admet, en revanche, que le juge peut prendre les mesures qui lui paraissent opportunes sans être lié à une requête quelconque des parties.

Le principe fondamental dont il est question exerce également son influence en ce sens que, suivant que l'on applique la maxime d'office ou la maxime du débat, le rôle du juge saisi d'une requête de mesures provisoires en sera différent. A ce titre, l'art. 158 Ccs prescrit pour la procédure en matière de divorce que le juge ne peut retenir comme établis les faits à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps que s'il est convaincu de leur existence, et que les déclarations des conjoints, de quelque nature qu'elles puissent être, ne lient pas le juge (ch. 1 et 3). Cette disposition tend à introduire en procédure de divorce la maxime d'office pour atténuer la maxime du débat propre aux procédures cantonales. Seule la liquidation du régime matrimonial reste soumise à la maxime du débat (37). Dans les autres cas, nous obtiendrons un compromis : la maxime d'office prescrit au juge de ne retenir les faits allégués par une partie comme établis que lorsqu'il est convaincu de leur existence, même si, contrairement à la procédure ordinaire (38), ils sont reconnus ou simplement ne sont pas contestés par la partie adverse (39), tandis que la maxime du débat lui interdit de retenir des faits qui ne sont pas allégués par les parties et de les mettre à la base de son jugement, alors même que leur exactitude ne fait aucun doute. Dans ce sens, on s'accorde à dire généralement que la maxime du débat l'emporte à l'égard des faits qui affirment une cause de divorce, tandis que le pouvoir du juge se manifeste à l'égard des faits qui infirment la cause de divorce (Gisi, ZSR 32/444).

La procédure cantonale attribuera toutefois au juge, dans la plupart des cas, la faculté de faire administrer en tout état de cause les preuves qui lui paraissent nécessaires (40). Mais lorsque la procédure cantonale ne l'autorise pas à ordonner d'office des mesures destinées à compléter les faits qui ressortent du dossier, il doit rejeter la demande en application de l'art. 158 ch. 1 Ccs si l'examen de ces faits ne le convainc pas du bien-fondé de la demande en divorce (41). Ainsi, les dispositions spéciales du Code de procédure civile vaudraient sur les actions en divorce (42) n'autorisent pas le tribunal de district à procéder à une instruction d'office en dehors du cadre des allégués

(36) p. 253. — (37) SJZ 34/301 n° 55. — (38) JT 1915 III 23 : Les faits sur lesquels les parties sont d'accord n'ont pas besoin d'être prouvés, sauf les exceptions spécialement prévues par la loi, et le juge doit les tenir pour constants. — (39) Egger, n° 1 ad art. 158. Gmür, ch. III ad art. 158. — (40) Berne, CPC art. 89. — (41) JT 1930 I 393. — (42) Art. 402 ss.

des parties et sans respecter les règles ordinaires en matière de preuve. L'art. 407 CPC notamment est destiné à assurer l'application des principes posés à l'art. 158 Ccs, et ne sert pas à faire introduire à la dernière heure des faits nouveaux au procès dont il faudrait tenir compte dans le jugement bien qu'ils soient contestés par l'une des parties ; à plus forte raison ne peut-on pas se fonder sur cet art. 407 CPC pour permettre au Tribunal de première instance de déroger en matière de divorce aux règles strictes de la procédure vaudoise relatives à la preuve par témoins et de lier l'instance de recours en constatant dans les solutions testimoniales des faits étrangers aux allégués qu'il avait à résoudre (43). La violation de cette règle donne ouverture au recours en réforme dès qu'elle a exercé une influence sur le jugement (44). La Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois va même plus loin et estime que l'aveu d'un fait non allégué et sa verbalisation au procès-verbal n'autorisent pas le juge à retenir ce fait dans son jugement (44). Il se peut, en effet, que les époux veuillent, dans l'intérêt de leurs enfants par exemple, éviter la publicité de certains faits. Il s'agit là d'un droit éminemment personnel qu'il convient de respecter ; le juge a toujours la possibilité, pour le cas où les faits allégués par les parties ne suffiraient pas à motiver une demande en divorce, de rejeter précisément l'action.

Il ne subsiste aucun doute que ces principes sont également applicables en matière de mesures provisoires au cours d'une procédure de divorce, pour autant que le juge ait à intervenir sur réquisition de l'une des parties. L'art. 158 Ccs statue nettement que la procédure en matière de divorce est réglée par le droit cantonal sous réserve notamment des chiffres 1 et 3 qui font l'objet de notre examen. L'art. 145 Ccs, quoique mêlé au droit matériel, est incontestablement une disposition de procédure, tout au moins dans une large mesure, puisqu'il ne représente qu'un cas spécial de mesures provisionnelles qui, elles, sont régies par la procédure cantonale. Seules les mesures relatives aux biens des époux resteront, par analogie avec les principes émis plus haut, soumises à la maxime du débat.

§ 6. Des principes généraux en droit de la famille.

En restreignant le cercle des dispositions du Code Civil qui, dans une mesure plus ou moins large, influent sur l'art. 145 Ccs, il y a lieu d'examiner quelles dispositions du droit de la famille — auquel appartient l'institution du divorce — sont applicables dans le cas particulier.

1. Dans le titre sur les effets généraux du mariage, il convient de citer en premier lieu la règle selon laquelle les époux se doivent l'un à l'autre fidélité et assistance (art. 159 al. 3 Ccs). L'union conjugale a un caractère moral aussi bien que juridique. La loi ne laisse pas

(43) JT 1929 III 48. — (44) JT 1948 III 73.

de le souligner. La tendance répandue de nos jours qui voudrait que la loi se bornât à traiter des effets juridiques ne se justifie pas. Il semble désirable de tenir compte des effets essentiellement moraux du mariage dans la mesure au moins où l'absence de ces effets peut exercer une certaine influence sur l'union conjugale. Celle-ci engendre une série d'effets quant à la personne des époux qu'il en résulte d'emblée une différence entre la situation de la femme et celle du mari. Par rapport au mari, cela signifie notamment qu'il doit pourvoir convenablement à l'entretien de la femme et des enfants (art. 160 al. 2 Ccs). Pour la femme, il s'agira d'aider, dans la mesure de ses forces, en vue de la prospérité commune (art. 161 al. 2 Ccs). Par conséquent, si le mari ou la femme négligent leurs devoirs, c'est d'après des considérations très différentes qu'il conviendra souvent d'apprécier leur conduite. Les devoirs des deux époux n'étant pas les mêmes, le mariage ne les soumet pas à une sujétion identique.

Aussi longtemps qu'un jugement définitif en divorce ou en séparation de corps n'est pas intervenu, ces effets généraux du mariage subsistent, même si une telle procédure est introduite par l'un ou par l'autre des époux. Les devoirs réciproques ne subissent aucun changement ; ils se manifesteront au cours du procès lorsqu'il s'agira de fixer les subsides que l'un des époux devra payer pour l'entretien soit de l'autre, soit des enfants. En outre, on pourra, en définissant ces devoirs mutuels, déterminer s'il y a lieu de condamner l'un des époux à verser à l'autre une avance de frais de procès et, dans l'affirmative, sous quelles conditions.

Enfin, un autre effet général du mariage auquel seront soumis les époux en instance de divorce consistera en ce que ceux-ci ne pourront, même durant l'instance, requérir l'un contre l'autre l'exécution forcée, sauf dans les cas prévus par la loi (art. 173 al. 1 Ccs). Cette disposition se révélera de toute importance lorsqu'un des époux voudra, avant que soit rendue une ordonnance de mesures provisoires, faire valoir ses droits envers l'autre par voie d'exécution forcée ou procéder au recouvrement de créances qu'il aurait envers son conjoint pour assurer la liquidation du régime matrimonial. Cet époux se heurtera à l'interdiction de l'art. 173 al. 1 Ccs. L'exécution forcée des mesures provisoires en elle-même, s'il doit y être recouru, devra être envisagée sous l'angle de cette disposition et des exceptions y relatives.

2. Les mesures provisoires ordonnées en vertu de l'art. 145 Ccs devront, en outre, se conformer au régime matrimonial en vigueur entre les époux, notamment en ce qui concerne l'avance de frais de procès, la pension alimentaire due à l'un des époux, le retrait de la gérance des apports de la femme et les frais d'entretien des enfants.

3. Enfin, les dispositions relatives à la communauté familiale influenceront sur les mesures que le juge sera appelé à prendre concernant les enfants. Ces dispositions sont, en commençant par celles d'ordre

plutôt moral pour terminer par celles d'ordre pécuniaire : Les père et mère et l'enfant se doivent mutuellement l'aide et les égards qu'exige l'intérêt de la famille (art. 271 Ccs). Les père et mère sont tenus d'élever l'enfant selon leurs facultés (art. 275 al. 2 Ccs), ils dirigent son instruction professionnelle (art. 276 al. 1 Ccs). Ils ont, en outre, à supporter les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant en conformité de leur régime matrimonial (art. 272 al. 1 Ccs) et en administrent les biens aussi longtemps qu'ils possèdent la puissance paternelle (art. 250 al. 1 Ccs).

§ 7. Des principes généraux en matière de divorce.

Pour achever la revue que nous avons effectuée, sous l'angle de l'art. 145 Ccs, au travers du droit civil suisse, en partant des principes généraux (I) et en passant par le droit de la famille (II), nous arrivons enfin aux dispositions relatives au divorce. Il convient d'y relever avant tout les dispositions sur le for de l'action en divorce (art. 144 Ccs), sur les droits des parents (art. 156 Ccs) et sur la procédure (art. 158 Ccs).

1. Concernant les dispositions relatives au for de l'action en divorce, il y a lieu de préciser que le for de l'action principale détermine généralement celui des mesures provisionnelles. Il reste à examiner dans quelle mesure c'est aussi le cas en matière de divorce. Cette question sera toutefois traitée avec avantage sous le titre consacré à la procédure (45).

2. L'art. 156 Ccs dispose que le juge prend, en cas de divorce ou de séparation de corps, les mesures nécessaires concernant l'exercice de la puissance paternelle et les relations personnelles entre parents et enfants après avoir entendu les père et mère et, au besoin, l'autorité tutélaire. Celui des parents auquel les enfants ne sont pas confiés est tenu de contribuer, selon ses facultés, aux frais de leur entretien et de leur éducation. Enfin, il a le droit de conserver avec eux les relations personnelles indiquées par les circonstances.

Le sens de cette disposition indique clairement qu'elle ne s'applique qu'en cas de divorce ou de séparation de corps, c'est-à-dire qu'elle s'adresse au juge qui statue sur la demande au fond. Néanmoins, il paraît non seulement désirable, mais aussi justifié de l'appliquer aux mesures provisoires. Les questions que le juge agissant en vertu de l'art. 145 Ccs doit résoudre sont, pour ce qui concerne les enfants, exactement les mêmes que celles qui se posent au juge du divorce. La seule différence réside dans la durée des mesures à prendre, celles prises en vertu de l'art. 145 Ccs ayant nécessairement un caractère provisoire, tandis que celles contenues dans le jugement

(45) Voir § 31 ss.

acquièrent, au point de vue purement formel, un caractère définitif et prennent part à la force de chose jugée inhérente au jugement ; encore cette différence est-elle minime ou même inexistante au regard de l'art. 157 Ccs qui prévoit que le juge peut prendre sur demande les mesures commandées par les faits nouveaux. Pratiquement, le jugement en divorce sera, en tant qu'il a rapport aux enfants, de nature provisoire tout autant que les mesures de l'art. 145 Ccs, puisqu'il pourra être modifié à la requête des intéressés chaque fois qu'un fait nouveau interviendra, sans que ceux-ci soient restreints dans ce droit par des dispositions de procédure cantonale relatives à la révision des jugements passés en force de chose jugée. De là à admettre l'applicabilité de l'art. 156 Ccs pour les mesures provisoires également, il n'y a qu'un pas que l'on franchira avec d'autant moins de scrupules que l'art. 145 Ccs n'édicte aucune règle concernant la façon dont les mesures concernant les enfants devront être prises et que l'art. 156 Ccs représente une solution très heureuse par rapport au droit cantonal qui régissait la matière avant l'entrée en vigueur du Code civil et établissait des règles fixes souvent incompatibles avec l'intérêt des enfants (46). En outre, les mesures provisoires relatives aux enfants sont, en dérogation au principe selon lequel les mesures provisoires ne doivent pas préjuger le fond, souvent confirmées, ou plus justement reprises par le jugement définitif. Il n'y a dès lors aucune raison à ce que les principes applicables au jugement ne le soient pas avant le jugement si le juge doit éviter de faire subir aux enfants des changements par trop fréquents.

Une fois appliqué aux mesures provisoires, l'art. 156 Ccs nous autorise à tirer les conclusions suivantes :

a) Le juge peut, aux termes de ces dispositions, prendre d'office les mesures nécessaires concernant les enfants. Cette conclusion confirme l'opinion émise précédemment (47) à ce sujet. Elle ressort du texte prescrivant que le juge devra, au préalable, entendre les père et mère, mais nullement qu'il devra attendre leur réquisition avant d'intervenir ; tout au plus pourra-t-il les inviter à formuler des conclusions relatives à la garde des enfants. Cette opinion figure également dans les commentaires (48) ; elle se justifie d'ailleurs pleinement par les circonstances.

b) Comme l'indique la note marginale figurant à l'art. 156 Ccs, le juge n'est lié par aucune règle : il ne doit appliquer que les règles du droit et de l'équité, conformément à l'art. 4 Ccs dont l'art. 156 Ccs est un cas d'application. Ce pouvoir d'appréciation du juge ne comprend pas seulement la liberté d'ordonner les mesures qu'il estime nécessaires, mais s'étend aussi aux faits invoqués par les intéressés. Ainsi, le juge ne sera pas tenu de se conformer aux propositions que lui fera l'autorité tutélaire ni aux déclarations des parents.

(46) Huber, *Schweizerisches Privatrecht* I p. 219. — (47) § 5. — (48) Curti-Forrer, n° 7 ad art. 156. Gmür, n° 12 ad art. 145.

3. Quant à l'art. 158 Ccs, il a déjà fait à diverses reprises l'objet de notre examen (49). Il est hors de doute qu'il est applicable également en matière de mesures provisoires, nous ne reviendrons pas sur ce qui a déjà été dit à ce sujet. Toutefois, il reste à commenter brièvement le principe de la libre appréciation des preuves (ch. 4) et à examiner les conséquences qu'il implique par rapport à l'art. 145 Ccs.

Le principe de la libre appréciation des preuves est un postulat de la procédure moderne. Il est ancré dans certains codes de procédure cantonaux (50) sans toutefois acquérir une valeur absolue. Ainsi, dans la procédure civile ordinaire, les allégués qui ne sont pas contestés expressément ou qui sont reconnus par la partie adverse n'ont pas besoin d'être prouvés. Le juge sera également lié par des présomptions légales qu'il sera souvent difficile d'infirmer. Certaines procédures cantonales connaissent encore le serment qui ne peut tenir devant le principe de la libre appréciation des preuves ; aussi l'art. 158 ch. 2 Ccs l'exclut-il de façon conséquente. On peut se demander, dès lors, si le principe énoncé à l'art. 158 ch. 4 Ccs, pour autant qu'il revendique une valeur absolue, n'est pas une utopie puisqu'il doit se greffer sur les procédures existantes qui, elles, ne peuvent le réaliser que dans une mesure plus ou moins prononcée et encore au prix de nombreux sacrifices et entorses à leurs règles. La seule garantie pour l'application du principe de la libre appréciation des preuves imposé aux cantons consiste dans la possibilité de recours en réforme au Tribunal fédéral contre un jugement intervenu en violation de cette disposition ; car, en dérogation au principe posé à l'art. 63 al. 2 OJ selon lequel le Tribunal fédéral est lié par les constatations de fait de la dernière autorité cantonale, il s'agit de la violation d'une disposition de droit fédéral en matière de preuve contre laquelle le recours est recevable tant sous l'angle de l'art. 43 al. 3 que de l'art. 63 al. 2 OJ, pour autant, naturellement, que le jugement en question soit susceptible de recours au Tribunal fédéral aux conditions des art. 44 à 47 OJ. (51).

Pour le juge appelé à rendre une ordonnance de mesures provisoires, il conviendra, parce que réduit dans la plupart des cas aux allégués des parties, de discerner quelles sont les déclarations les plus sujettes à caution, et d'ordonner, si la procédure l'y autorise, un complément de preuves. Ici également, en cas d'insuffisance de preuves, il sera indiqué de rejeter la requête, pour autant que le juge ne doive pas intervenir d'office ; mais si tel est le cas, il aura implicitement la faculté d'administrer les preuves qui lui paraissent opportunes. Les raisons qui peuvent inciter les époux à dissimuler ou au contraire à simuler des faits en cours de procès sont multiples ; il ne convient toutefois pas de les énumérer ici. Il appartiendra au juge avisé de les déceler et d'en tenir dûment compte lors de l'appréciation des preuves.

(49) Voir § 5. — (50) Berne, CPC art. 219. — (51) Pour ce qui est du recours contre ordonnances de mesures provisoires, voir § 44.

DEUXIÈME PARTIE

LES CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ART. 145 Ccs

CHAPITRE PREMIER :

JUSTIFICATION DE L'ART. 145 Ccs.

§ 8. L'intervention du juge.

La plupart des manifestations de la vie quotidienne, pour autant qu'elles ont une portée juridique, s'accomplissent sans intervention quelconque de l'autorité. Lorsque, par contre, l'intervention des pouvoirs publics devient nécessaire, elle se produit en général par l'intermédiaire des tribunaux. Il en est ainsi du mariage. Dès que surgissent entre époux des difficultés qui mettent en danger à tel point la communauté familiale qu'il faille songer à dissoudre le lien conjugal, les époux ont recours au juge qui lui seul est autorisé à prononcer la dissolution du mariage. Il incombe dès lors au juge de faire prévaloir le droit, même si la législation est insuffisante. Celle-ci est néanmoins, au degré de développement que la vie juridique a atteint de nos jours, une condition même de la formation du droit. Elle peut envisager le règlement des intérêts privés et sociaux à un point de vue plus élevé que ne le pourraient les particuliers ou même le juge ; elle peut parer à des inconvénients et aussi ouvrir la voie à des progrès que la jurisprudence serait incapable de réaliser, ou de réaliser facilement.

Ces considérations s'appliquent particulièrement à la procédure de divorce, au cours de laquelle les époux semblent, hélas trop fréquemment, oublier les engagements qu'ils ont assumés de plein gré en contractant mariage. Si précisément le législateur n'avait paré à ces dangers en fixant les droits et les devoirs incombant à chacun des conjoints et en se réservant de les faire respecter, le cas échéant, en prêtant son appui à l'époux lésé, le mariage deviendrait une institution purement illusoire dès qu'il plairait à l'un des conjoints de ne plus s'en

tenir aux engagements pris en vertu de la morale. On pourrait objecter que ces choses sont exclusivement du domaine moral et n'ont rien de commun avec la loi. Mais renvoyer, par exemple, la femme délaissée ou maltraitée aux sanctions de la morale équivaut à dire qu'il n'y a point de droit. Certes, la législation ne peut pas suffire à toutes les exigences de la vie pratique dans le domaine conjugal et prévoir tous les cas où une intervention du juge est nécessaire. L'œuvre du législateur n'est pas seulement influencée par des considérations d'ordre moral, mais aussi d'ordre économique et politique. Si ces motifs peuvent se combiner, il n'en est pas moins vrai qu'ils peuvent se contredire ; le conflit devra alors être tranché dans le sens le plus favorable au bien général, en tenant dûment compte des intérêts en présence. Dans les cas où le législateur refuse, à certains égards, d'obéir absolument aux prescriptions de la morale en matière de mariage, ce n'est point qu'il ait assez fait en se résignant à un minimum de moralité, mais parce que d'autres intérêts tout aussi dignes d'attention lui fixent d'infranchissables limites.

Si nous insistons sur le côté moral du mariage, c'est que celui-ci, il convient de le rappeler, déploie tous ses effets alors même qu'une procédure en divorce est engagée par l'un des époux ou par les deux conjointement, et ce aussi longtemps qu'il ne sera pas intervenu un jugement définitif prononçant le divorce ou tout au moins la séparation de corps. Cette disposition peut sembler sévère à l'égard d'époux dont le lien conjugal est irrémédiablement rompu ; dans un cas pareil, il serait justifié d'appliquer aux époux les mêmes règles qu'à des époux divorcés puisque leur situation sera, en fait, la même qu'une fois le divorce prononcé. Mais ces cas sont rares, car les relations entre époux sont de caractère essentiellement intime et de ce fait ne seront pas connues du juge saisi de l'action en divorce. Il faudra donc que celui-ci se convainque d'abord de l'existence d'un motif de divorce avant d'ordonner des mesures provisoires libérant les époux de leurs engagements mutuels, ordonnance qui serait susceptible de préjuger la cause au fond qui, elle, suscite une instruction longue et souvent ardue. Il est donc indiqué que le juge sollicité d'intervenir après l'introduction d'une action en divorce s'inspire, quant aux mesures à ordonner, non pas de l'état de fait nouveau que créera le jugement de divorce, mais bien de l'état existant en droit entre les époux, c'est-à-dire des dispositions relatives au mariage et à ses effets généraux. Car il n'est point établi d'avance que l'action introduite aboutira à un prononcé de divorce ; au contraire, si le tribunal saisi de l'action en divorce prend à cœur la tâche que lui confère le Code civil, les époux en cause devront s'attendre à ce que le divorce ne soit prononcé que s'il existe des motifs suffisants pour justifier une telle mesure.

Sur tous les points touchant au mariage et au divorce, le juge se trouve placé entre deux tendances extrêmes : d'une part celle du magistrat bien intentionné qui vise à redresser tous les torts, d'autre part celle du citoyen jaloux de sa liberté qui repousse toute ingérence du pouvoir public dans ses propres affaires. Le juge devra veiller, lorsqu'il interviendra dans les différends entre époux,

à la conciliation de ces deux tendances légitimes l'une et l'autre.

Au cours de l'élaboration du Code Civil, le législateur s'est efforcé d'y consacrer une plus grande liberté individuelle en opposition au système hérité des organisations corporatives qui tend, dans le règlement des relations juridiques en général, aussi bien à enfermer la personnalité humaine dans le cadre d'institutions coercitives qu'à supprimer, comme nuisibles, d'une part toute indépendance du justiciable et d'autre part toute initiative personnelle du juge. Aussi l'art. 145 Ccs est-il conçu en substance de telle sorte que lorsque une intervention du juge est requise ou devient nécessaire après l'introduction d'une action en divorce, le juge n'est pas soumis à des règles qui l'obligeraient à ordonner des mesures provisoires bien déterminées qui ne tiendraient nullement compte de la situation réciproque des époux. Il est évident qu'il ne saurait être question de sanctionner par des mesures judiciaires les droits et les devoirs qui découlent de la vie conjugale. Le lien conjugal a un caractère si éminemment moral que des mesures de contrainte n'aboutissent souvent à rien sans empiéter sérieusement sur la personnalité des conjoints. Souvent elles auront même l'effet contraire de ce qu'elles étaient censées amener. Mais ceci ne met toutefois pas obstacle à ce que des mesures judiciaires soient prises pour protéger l'un des époux contre l'autre, soit dans leurs rapports entre eux, soit dans leurs relations avec les tiers, ou simplement pour assurer la paix entre les conjoints durant le procès en divorce auquel est réservée la solution définitive.

§ 9. But et effets.

Lorsqu'une action en divorce est introduite, elle entraîne presque fatalement un tel trouble dans les relations des conjoints et des suites telles pour l'entretien et la garde des enfants qu'il est indispensable d'aviser pour rendre la situation aussi supportable que possible à tous les intéressés. De là l'art. 145 Ccs.

Les mesures qui y sont visées ont, comme l'indique d'ailleurs leur dénomination, un caractère provisoire. Il ne saurait donc être question qu'elles soient de nature à préjuger la cause au fond ou qu'elles engendrent pour les époux des effets susceptibles de causer des dommages irréparables. Le juge ne doit pas perdre de vue que l'action en divorce justifiant les mesures qu'il doit ordonner peut être rejetée par le tribunal qui en est saisi, et que les parties devront, dès lors, reprendre la vie commune. Si des mesures par trop sévères ont été ordonnées à l'égard de l'un des époux, soit sur requête de l'autre, soit d'office, on ne pourra compter avec une reprise des relations normales sitôt après le jugement. Il se peut, en outre, que le tribunal saisi de l'action en divorce se déclare par la suite incompétent ; l'ordonnance de mesures provisoires rendue dans l'intervalle sera caduque de plein droit. Or, le juge des mesures provisoires doit compter avec ces possibilités et n'envisager que les mesures nécessaires, tel que le prescrit l'art. 145 Ccs. Le Code ne détermine toutefois pas par rapport à

quoi ces mesures doivent être nécessaires. Il serait contraire à l'esprit et à la lettre de l'art. 145 Ccs de vouloir maintenir, par les mesures provisoires, le statu quo régnant entre époux au moment de l'introduction de l'action en divorce, notamment lorsque le ménage commun n'est pas encore dissous (1). L'art. 145 Ccs n'a donc pas pour but de prévenir un changement à l'objet litigieux dans le sens des mesures provisionnelles en général (2), mais bien d'assurer, durant l'instance en divorce, la paix entre époux, la protection de la loi à l'époux lésé et la sécurité de celui dont les intérêts seraient menacés par les agissements de l'autre. Par rapport aux enfants, le juge s'inspirera uniquement de leur bien en ce sens qu'il tentera de les soustraire aux querelles divisant leurs parents en leur assurant tout de même des conditions d'entretien et d'éducation correspondant à celles qu'ils sont en droit d'exiger de ceux-ci. Ici également, les mesures à prendre ne devront pas être de nature telle que le juge du divorce ne saurait, eu égard précisément au bien-être des enfants qui interdit des changements par trop fréquents ou par trop brusques, procéder à une attribution différente des enfants, lié qu'il serait en cela par la solution provisoire prise par le juge des mesures provisoires. Dans les cantons (3) où le juge des mesures provisoires est le même que celui du divorce, celui-ci sera, dans de telles circonstances, tenté, il est vrai, de confirmer purement et simplement, au jugement définitif, les mesures qu'il avait prises à titre provisoire.

En règle générale, les mesures provisoires doivent être conçues en sorte d'assurer aux deux époux, pour autant qu'ils ont besoin de protection, le strict nécessaire pour leur permettre de vivre, et en second lieu de ne pas modifier les conditions dans lesquelles ils se trouvaient plus que ne l'exigent les circonstances. Elles doivent tendre à porter le moins possible atteinte aux intérêts des époux, dans quel domaine que ce soit. Elles ne doivent pas servir à assurer l'exécution anticipée du jugement de divorce, que ce soit par rapport aux revendications que l'un des époux pourrait avoir en vertu du régime matrimonial, aux indemnités prévues aux art. 151 à 153 Ccs ou enfin aux enfants. Des sûretés peuvent sans doute être ordonnées, mais encore faut-il qu'elles soient nécessaires, c'est-à-dire qu'il existe de sérieuses présomptions que l'un des conjoints abuse des droits qu'il a acquis en vertu du régime matrimonial ou de sa puissance paternelle (4).

§ 10. Portée des mesures provisoires.

L'art. 145 Ccs prescrit que le juge prend, après l'introduction de la demande, les mesures provisoires nécessaires, notamment en ce

(1) Etter, p. 14 (sauf pour les biens matrimoniaux). — (2) D'ailleurs l'objet litigieux en matière de procédure de divorce n'est pas le mariage, mais l'existence d'un motif de divorce (Etter, p. 11). Cette distinction ne nous paraît toutefois pas déterminante. — (3) Par exemple Zurich. — (4) Pour le surplus cf. Etter, p. 9-15.

qui concerne la demeure et l'entretien de la femme, les intérêts pécuniaires des époux et la garde des enfants. Quoiqu'il eût été, dans un certain sens, utile que le droit fédéral disposât en quoi consistent ces mesures et de quelle manière elles doivent être prises, il ressort avant tout du mot « notamment » que l'énumération que fait le législateur est purement exemplificative. Toutefois, en interprétant très largement cette énumération, on conviendra qu'elle englobe toutes les mesures susceptibles d'être ordonnées dans le cas particulier. On peut déduire de cette constatation que le législateur entendait ne pas limiter le juge dans le choix des mesures à prendre en lui laissant le soin de déterminer celles qui, dans chaque cas, sont précisément nécessaires.

En confrontant, en outre, le texte de l'art. 145 Ccs avec celui de l'art. 169 Ccs où il est question des mesures protectrices de l'union conjugale, on remarque que le juge intervenant en vertu de l'art. 169 Ccs est restreint aux mesures prévues par la loi, alors qu'une telle restriction ne figure pas à l'art. 145 Ccs. Peut-on en conclure que le juge statuant sur une requête de mesures provisoires pour la durée du procès en divorce peut ordonner également des mesures qui ne sont pas prévues par la loi ? Certes non ; l'argumentum e contrario n'est nullement justifié en l'espèce, car l'art. 145 Ccs ne doit pas être considéré en opposition ou en relation avec l'art. 169 Ccs. Il ne saurait être question que le juge des mesures provisoires puisse prendre des mesures que le juge du divorce, lié aux dispositions du Code civil, ne pourrait insérer au jugement définitif sans risquer que celui-ci soit attaqué pour violation de droit. Si une telle restriction contenue à l'art. 169 Ccs ne figure pas à l'art. 145 Ccs, c'est qu'elle était tout simplement superflue. La législation en matière de droit civil appartient à la Confédération, et lorsque celle-ci fait usage de sa compétence en légiférant sur une matière, il est présumé qu'elle la règle de façon complète. Il ne saurait y avoir de place pour le droit cantonal ; encore moins peut-il être question d'introduire des institutions étrangères au droit suisse. Dans le cas particulier, il s'agit donc de s'en tenir uniquement aux dispositions sur la matière contenues au Code civil, car l'art. 145 Ccs ne peut être considéré comme une disposition indépendante à laquelle il y a lieu d'appliquer le droit répondant le mieux aux exigences du cas concret. Bien au contraire, en plaçant l'art. 145 Ccs parmi les dispositions relatives au divorce et en empiétant ainsi sur le domaine de la procédure réservée aux cantons, le législateur entendait unifier les mesures provisoires en procédure de divorce et les soumettre, quant à leur application, aux dispositions prévues par le droit fédéral. Une mesure ne peut donc être prise seulement si elle est conforme au Code civil, c'est-à-dire si elle y est prévue expressément, simplement sous-entendue ou encore autorisée par l'application analogique d'autres dispositions de droit fédéral.

CHAPITRE SECOND :

APPLICABILITÉ DE L'ART. 145 Ccs.

§ 11. En procédure de nullité de mariage (art. 120 ss Ccs).

Action en constat de mariage.

1). Du fait que l'art. 145 Ccs figure dans le Code sous le titre consacré au divorce, on serait facilement enclin à admettre qu'il ne s'applique en conséquence qu'en procédure de divorce ou de séparation de corps. Il est vrai que, dans la vie pratique, ce sont là les contestations découlant du droit de la famille les plus fréquentes. Les mesures provisoires telles que les prévoit l'art. 145 Ccs y sont partant aussi les plus nécessaires. Toutefois, les mêmes problèmes que soulève un procès en divorce ou en séparation de corps surgissent également au cours de l'instance de nullité de mariage (art. 120 ss Ccs). Le lien conjugal qui existait entre époux, du moins en fait, est gravement ébranlé par l'ouverture de l'action en nullité ; des enfants peuvent être issus de cette union dont la nullité est requise ; et enfin des revendications s'élèvent en vertu du régime matrimonial qui déploie ses effets jusqu'au moment où la nullité du mariage en question est prononcée, de sorte que la situation des époux et des enfants, tant au point de vue moral qu'au point de vue financier, est analogue à celle d'une famille troublée par l'introduction d'une action en divorce. Dès lors rien ne s'oppose à l'application par analogie de l'art. 145 Ccs à la procédure de nullité de mariage ; cette application s'impose même en raison du défaut de toute disposition à ce sujet au chapitre relatif à la nullité de mariage.

Cette application par analogie ne présente, au point de vue juridique, aucune difficulté. La jurisprudence (5) l'a admise d'autant plus que déjà la loi fédérale de 1874 sur l'état civil et le mariage contenait des dispositions communes aux actions en divorce et en nullité de mariage (6). La loi fribourgeoise sur le mariage civil et la procédure en cette matière (7) prévoyait des mesures provisoires en procédure de nullité de mariage et statuait expressément que les dispositions en question étaient applicables à la femme demanderesse ou défenderesse à l'action en divorce (8). Quelques codes de procédure ci-

(5) ZBJV 67/71. Leuch, n° 1 ad art. 299. — (6) Art. 43 de la dite loi. —

(7) Du 27 novembre 1875. — (8) Art. 88.

vile cantonaux (9) prévoient tout au moins des mesures provisoires consistant en la fourniture d'aliments pour la durée du procès en nullité de mariage. D'autres, des mesures provisionnelles concernant les rapports des parents avec leurs enfants et la garde de ceux-ci (10). La loi introductive du Ccs pour le canton de Bâle-Ville (11) ne limite nullement le juge quant à la nature des mesures à prendre après l'introduction de la demande en nullité.

Pour autant que l'on puisse considérer l'art. 145 Ccs comme une disposition de procédure (12) que le droit fédéral impose aux cantons — d'ailleurs seuls compétents en la matière —, on peut déduire cette application de l'art. 145 Ccs de l'art. 136 Ccs qui stipule que la procédure en matière de nullité de mariage est soumise aux mêmes règles que la procédure de divorce (13). Se basant sur cette disposition, la loi genevoise de procédure civile (14) applique purement et simplement l'art. 145 Ccs à la procédure de nullité de mariage. Il semble douteux que l'on puisse tirer cette conclusion de l'art. 136 Ccs, car il n'est nullement établi que l'art. 145 Ccs appartienne dans son ensemble à la procédure. Toutefois, le problème à résoudre ne réside pas dans la question de savoir si l'art. 145 Ccs est une disposition de droit matériel ou de droit formel, mais dans le sens que le législateur a voulu donner à l'art. 136 Ccs en renvoyant aux dispositions sur le divorce. Et là, force nous est d'admettre que le législateur visait, par ce renvoi, précisément l'art. 145 Ccs (15), qu'il ne sous-entendait donc nullement la procédure cantonale, qu'en outre de telles dispositions générales ne peuvent être interprétées strictement et que d'ailleurs, si le législateur avait voulu exclure l'applicabilité de l'art. 145 Ccs en matière de nullité de mariage, il l'aurait prévu expressément parce que cette exclusion ne se laisse point déduire sans autre du texte.

2). L'action en nullité de mariage — comme d'ailleurs l'action en divorce — supposent un mariage valable. Si, en règle générale, la validité du mariage n'est pas contestable, il y a cependant des cas où ce point peut prêter à discussion, notamment en cas de doute

(9) Fribourg, CPC art. 189 lit. d. Vaud, CPC art. 41 ch. 1. Il est à noter ici que le renvoi du CPC vaudois à l'art. 134 al. 2 Ccs n'est pas heureux, du fait qu'il y est question des aliments accordés, au jugement définitif, à l'époux innocent tombant dans le dénuement par suite de la dissolution du mariage, alors que l'art. 41 ch. 1 CPC spécifie bien que les aliments peuvent être requis pendant le procès jusqu'au jugement définitif. Un renvoi à l'art. 136 Ccs paraîtrait plus justifié. Les dispositions du CPC fribourgeois se rapportent à l'ancien Code civil fribourgeois abrogé par le Code civil suisse, mais conservent tout de même leur validité, les dispositions de droit fédéral suppléant ipso jure aux dispositions analogues du droit cantonal. — (10) Bâle-Campagne, EG z. ZGB § 33. — (11) § 27. — (12) Du moins de caractère essentiellement procédural (Gmür, n° 7 ad art. 136. Etter, p. 37. Stauffer, p. 61). — (13) Cette disposition est reprise entre autres au CPC vaudois, art. 413. — (14) Du 13 octobre 1920, art. 441 modifié par les lois des 6.2.1943 et 12.2.1944. — (15) Cf. Egger, ad art. 136. Gmür, n° 7 ad art. 136.

que les époux ont comparu devant l'officier d'état civil ou qu'ils sont de sexe différent, si le prétendu mariage célébré dans un état étranger n'a pas été communiqué et reconnu en Suisse, parce que non inscrit dans les registres suisses. La question s'est dès lors posée s'il ne serait pas indiqué de permettre à chacun des prétendus époux ou à leurs héritiers d'intenter l'action positive ou négative en constat de mariage. Dans un travail consacré aux actions du droit de famille suisse non expressément prévues (ZBJV 71/534, en particulier p. 541), le Professeur Comment se prononce en faveur d'une telle action. Le Tribunal fédéral (ATF 50 II 4) s'est également rallié à cette opinion, tout au moins pour ce qui concerne l'action positive qui peut, le cas échéant, être introduite en même temps que l'action en divorce. L'action en constat de mariage est mentionnée, d'autre part, dans l'ordonnance fédérale du 18 mai 1928 sur le service de l'état civil, à l'art. 126, ch. 2.

L'action en constat négative peut être donnée à celui qui a un intérêt juridique à faire reconnaître qu'il n'y a pas eu mariage. En effet, la présomption de la légitimité de l'enfant contenue à l'art. 252 Ccs ne vaut qu'en cas de mariage des parents. Or, cette présomption peut être renversée par une action en constat négative, et l'on ne saurait, dans certains cas, mettre en doute l'intérêt du demandeur. La doctrine semble d'ailleurs favorable à cette opinion (Egger, note 3 a ad art. 253).

Pour autant que l'action en constat est introduite conjointement avec l'action en divorce, l'application de l'art. 145 Ccs ne présente aucune difficulté. Intentée séparément, l'action en constat donne lieu — tout au moins l'action négative — aux mêmes troubles qu'une action en divorce ou en nullité de mariage. Il convient, dans ces conditions, d'étendre le champ d'application de l'art. 145 Ccs également à cette action.

§ 12. En procédure de désaveu de paternité (art. 253 ss Ccs).

Une autre application par analogie de l'art. 145 Ccs a été tentée tant en doctrine (16) qu'en jurisprudence (17) dans la procédure en désaveu ; tout au moins a-t-on obligé le mari à faire à sa femme et à l'enfant qu'il veut désavouer l'avance des frais nécessaires pour leur défense au procès. Il est vrai qu'on n'a pas déduit cette obligation directement de l'art. 145 Ccs appliqué par analogie ; mais du fait qu'on a considéré cette obligation comme se rapportant au droit matériel, on l'a fait découler de l'art. 160 Ccs aux termes duquel le mari est tenu de pourvoir convenablement à l'entretien de la femme et des enfants. Cette déduction est plutôt douteuse puisqu'elle admet

(16) A. Troller : Die Pflicht des Ehemannes, Frau und Kind im Statusprozess nach ZGB Art. 253 ff die Mittel zur Führung des Prozesses zur Verfügung zu stellen (SJZ 37/167). — (17) Arrêt de la Cour suprême du Canton de Lucerne du 19.12.1940 (SJZ 37/296, n° 189).

implicitement que les frais de procès que doit supporter la partie défenderesse font partie de l'entretien au sens de l'art. 160 Ccs. Une telle interprétation de l'art. 160 Ccs n'est cependant pas justifiée (18). En effet, l'obligation du mari de fournir à sa femme une avance de frais de procès est une question tant de procédure que de droit matériel. Elle se justifie avant tout par l'intérêt de la femme et en second lieu par celui de l'Etat. Or, la mise à contribution du fisc par l'octroi de l'assistance judiciaire à la femme ne peut être admise lorsque le mari est en état, de par sa situation financière, de supporter tous les frais occasionnés par la procédure. Il est un principe selon lequel les frais de procès entre les membres d'une même famille — tels que procès en divorce, action en nullité de mariage ou précisément action en désaveu — ne doivent pas inutilement être mis à la charge de la communauté. En vertu de ce principe, il y a lieu d'admettre l'obligation du mari de faire à sa femme, qu'il soit demandeur ou défendeur à l'instance, l'avance des frais pour le procès en cours. Au point de vue juridique, cette conception peut être motivée aisément par l'application per analogiam de l'art. 145 Ccs à la procédure en désaveu, pour autant, il convient de l'ajouter, que cet article implique pour le mari une obligation de fournir une provision *ad litem*, question qui devra être examinée en fonction de l'art. 145 Ccs lui-même (19). Celui-ci n'est, en effet, abstraction faite de la maxime d'office qui y est applicable selon les circonstances, qu'un cas spécial de mesures provisionnelles telles que les prévoit la procédure civile. Le caractère provisoire de l'avance des frais de procès est, en outre, incontestable, puisque la liquidation définitive des frais est réservée au jugement sur le fond. Le rapport entre cette mesure et l'art. 145 Ccs devient dès lors évident.

L'action en désaveu a pour mobile, dans la plupart des cas, l'adultère de la femme qui est, en même temps, aux termes de l'art. 137 Ccs, un motif de divorce. Il en résultera nécessairement des frottements entre époux auxquels, en procédure de divorce, les mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs sont destinées à remédier. Il n'y a donc aucune raison à refuser à la femme défenderesse en désaveu l'allocation d'une avance de frais puisque, dans des circonstances tout à fait analogues, on la lui accorde dans le procès en divorce sous forme de mesure provisoire. On ne saurait faire dépendre l'obligation du mari à fournir une avance à sa femme uniquement de la procédure cantonale, en ce sens qu'il n'y aurait lieu de condamner le mari à fournir que si la procédure dans laquelle la cause est instruite prévoit expressément une telle mesure. Le justiciable ne doit pas être restreint dans l'exercice des droits que lui confère le Code civil par des dispositions de droit cantonal ; à plus forte raison ne doit-il pas être la victime de

(18) Cf. Gmür (n° 13 ad art. 160) qui ne mentionne pas les frais de procès dans son énumération. Egger (n° 5 c ad art. 160) exclut expressément les frais de procès des frais d'entretien, mais admet, en revanche, que le mari peut être tenu de les supporter en vertu du régime matrimonial. — (19) Cf. § 27.

l'imperfection des lois de procédure dont la tâche est avant tout d'assurer la réalisation équitable du droit matériel. Car rares sont les codes de procédure civile qui prévoient expressément l'avance des frais de procès. Tel est le cas, par exemple, du Code de procédure civile neuchâtelois (20) qui, toutefois, ne mentionne que les cas de demande en divorce, en séparation de corps et en séparation de biens. Le Code de procédure bernois (21), en revanche, ne prévoit l'avance de frais à fournir par le mari qu'en procédure de divorce et de séparation de corps et met, au sens strict du texte, cette mesure en nette opposition avec les mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs (22). Une extension de cette disposition à d'autres procédures découlant du droit de la famille n'est intervenue jusqu'à présent que pour l'action en nullité de mariage (23).

Les arguments qui militent en faveur d'une application par analogie de l'art. 145 Ccs après l'introduction d'une action en désaveu, tout au moins pour ce qui concerne l'avance de frais judiciaires et extrajudiciaires, sont, en résumé, moins fondés strictement sur le droit que sur des raisons d'équité, de morale et d'ordre public qui, vu leur importance, n'en ont que d'autant plus de poids. Il appartient à la jurisprudence de faire prévaloir, à l'avenir, ces dernières au détriment d'une argumentation juridique plus que chancelante, en accordant à la femme actionnée en désaveu une provision *ad litem*. Cette mesure se justifie aussi par le fait que la femme est exposée, en raison du rôle purement passif que lui attribue l'art. 253 Ccs, à se défendre contre des actions qui pourraient lui être intentées sans fondement. Or, on ne pourrait tolérer qu'elle succombe faute de moyens financiers pour assumer sa défense. La maxime d'office ne suffit pas dans tous les cas à la préserver de telles suites.

§ 13. En procédure de recherche de paternité (art. 307 ss Ccs).

L'application de l'art. 145 Ccs peut également être envisagée en procédure de recherche de paternité (art. 307 ss Ccs). Le Code, il est vrai, dispose à l'art. 321 Ccs que la mère peut, si elle est dans le besoin et lorsque la paternité du défendeur paraît établie, requérir de ce dernier des sûretés pour les frais présumables de l'accouchement et pour ceux d'entretien de l'enfant pendant trois mois. On peut, à juste titre, considérer cette disposition comme une mesure provisoire, puisqu'elle peut intervenir avant le jugement. Mais il faut toutefois que l'action en paternité soit déjà introduite pour que la mère puisse bénéficier de cet avantage (24), la requête ne pouvant être formulée, au sens de l'art. 321 Ccs, que contre le « défendeur », ex-

(20) Art. 94 lit. d. — (21) Art. 299. — (22) « Si... les parties requièrent des mesures provisoires selon l'art. 145 du Ccs ou la taxe de l'avance de frais à fournir par le mari... ». — (23) ZBJV 67/71. Leuch, n° 1 ad art. 299. — (24) Curti-Forrer, n° 4 et 9 ad art. 321.

pression qui suppose nécessairement l'ouverture de l'action. Étant donné qu'à teneur de l'art. 308 Ccs la mère peut intenter son action déjà avant la naissance de l'enfant, une intervention du juge tendant à prononcer une telle mesure en procédure sommaire avant la litispendance ne serait nullement indiquée ; ou alors faudrait-il, comme le prévoit la loi introductive du Ccs pour le canton de Bâle-Ville (25), impartir à la mère un délai pour introduire son action, faute de quoi l'ordonnance sur les sûretés devrait être rapportée d'office.

L'application de l'art. 321 Ccs est cependant soumise à certaines conditions qui, selon les exigences du juge quant à la preuve de leur existence, peuvent dans certaines circonstances priver la mère des bienfaits de cette mesure. Ainsi, selon que le juge admettra le défendeur à se prévaloir des exceptions prévues par la loi, la paternité de ce dernier n'en paraîtra guère établie, quoiqu'on ne puisse exiger à cet effet des preuves absolument concluantes. Ou encore il suffira que le juge applique strictement le sens de l'expression « dans le besoin » pour refuser de condamner le défendeur à fournir des sûretés, du moment que la mère dispose des moyens financiers strictement nécessaires pour subsister.

En outre, l'art. 321 Ccs n'étend pas les sûretés à fournir par le défendeur à la pension alimentaire que la mère peut revendiquer au jugement pour la durée de quatre semaines avant et après la naissance, conformément à ce qui est prévu à l'art. 317 chiffre 2 Ccs. On ne voit pas les raisons qui peuvent avoir justifié une telle omission. S'agit-il d'un acte volontaire de la part du législateur ou d'une simple lacune qu'il appartient au juge de combler ? On serait tenté d'admettre cette dernière hypothèse en se remémorant le but que le législateur se propose d'atteindre avec cette disposition.

Enfin, les effets salutaires de l'art. 321 Ccs peuvent être réduits à néant par des dispositions de droit cantonal telles que le § 189 du Code de procédure civile de Bâle-Ville (26) qui prévoit l'ajournement des débats jusqu'au moment de la naissance si le défendeur en fait la demande, ou même d'office, lorsque le tribunal estime ne pouvoir établir suffisamment la paternité du défendeur avant ce moment. La faculté de la mère d'introduire l'action en paternité avant la naissance (art. 308 Ccs) devient de ce fait illusoire, la paternité du défendeur ne pouvant être établie au sens de la disposition cantonale en question que lorsque celui-ci aura fait des aveux. Dans ce dernier cas, l'introduction d'une action ne sera toutefois nécessaire que dans la minorité des cas, car le défendeur se prêtera aussi plus volontiers à un arrangement à l'amiable au sujet des prestations que peut revendiquer la mère conformément à l'art. 317 Ccs. Aussi la solution qu'envisagent les lois vaudoise (27) et tessinoise (28) semble-t-elle plus

(25) Bâle-Ville, EG z. ZGB § 68. — (26) D'après la teneur que lui confère le § 250 de la loi introductive du Ccs de Bâle-Ville. — (27) LI. Ccs art. 79. — (28) Legge di applicazione e di complemento del codice civile svizzero, art. 42.

appropriée aux circonstances que ne l'est l'art. 321 Ccs lui-même. Il y est, en effet, prévu que le père présumé indiqué par la mère peut être assigné, en même temps que la mère et le curateur éventuel de l'enfant, à une audience du juge de paix, respectivement de l'autorité tutélaire compétente aux termes du droit tessinois, audience au cours de laquelle les prestations pécuniaires qui incombent au père présumé à teneur des art. 317 à 319 et 321 Ccs peuvent être liquidées par convention.

Cette manière de faire, tout en rendant superflues les dispositions de l'art. 321 Ccs, n'en offre pas moins l'avantage d'éviter un procès. Elle ne préjuge toutefois en rien le droit des intéressés d'ouvrir l'action en paternité dans les formes d'une action ordinaire (29).

En raison de l'insuffisance notoire des mesures prévues à l'art. 321 Ccs, on peut se demander en toute bonne foi si le législateur entendait y énoncer de façon limitative les mesures provisoires que peut ordonner le juge sur requête de la mère demanderesse au procès, ou s'il entendait simplement prévoir un minimum de mesures nécessaires, tout en laissant aux cantons le soin d'édicter des dispositions complémentaires si besoin est. Sans résoudre cette question de principe, le code de procédure civile vaudois (30) dispose que le juge peut, par mesure provisionnelle, accorder des aliments pendant le procès en paternité jusqu'à jugement définitif. L'art. 321 Ccs ne prévoit des sûretés que pour l'enfant, et ce pour une durée de trois mois ; l'art. 317 Ccs, en revanche, statue que la mère est fondée à revendiquer les frais de son entretien pour au moins quatre semaines avant et quatre semaines après la naissance. Or, on ne peut déduire de l'art. 41 ch. 1 CPC vaudois — qui renvoie simplement à l'art. 321 Ccs — au bénéfice de qui les aliments peuvent être accordés, de la mère ou de l'enfant. On ne peut cependant conclure de ce même renvoi à l'art. 321 Ccs qu'il y a identité des mesures et que le législateur vaudois n'entendait que confirmer le principe posé à l'art. 321 Ccs : à celui-ci, il n'est question que de sûretés pour les frais d'entretien, alors que le Code vaudois autorise le juge à accorder des aliments. En outre, il n'y a pas concordance au point de vue durée des mesures selon le droit fédéral ou cantonal : la durée du procès dont il est question à l'art. 41 ch. 1 CPC vaudois ne correspondra que très rarement aux délais de trois mois, respectivement huit semaines prévus aux art. 321, respectivement 317 Ccs ; du fait que l'action en paternité se prescrit par un an dès la naissance, (art. 308 Ccs), la mère pourrait même, en admettant l'identité des mesures des art. 321 Ccs et 41 ch. 1 CPC vaudois, se voir frustrée de mesures provisionnelles quant à ses aliments lorsqu'elle omettrait d'introduire son action avant l'échéance du délai de quatre semaines après la naissance, ce qui ne peut guère avoir été dans l'intention du législateur. Force nous est donc d'admettre qu'il s'agit, à l'art. 41 ch. 1 CPC, de mesures provisionnelles au même titre

(29) Vaud, art. 83 leg. cit. Tessin, art. 42 al. 4 leg. cit. — (30) Art. 41 ch. 1.

que celles prévues à l'art. 145 Ccs. Cette supposition se confirme au vu de l'art. 4 ch. 14 de la loi d'introduction pour le Canton de Vaud du Ccs qui déclare le président du tribunal compétent pour ordonner les mesures provisionnelles en cas d'action en paternité, spécialement quant aux sûretés à fournir par le défendeur. Le texte de cette disposition tel qu'il est conçu ne laisse subsister aucun doute quant à la nature des mesures à prendre ; les sûretés n'y sont citées qu'à titre exemplificatif.

Ces dispositions du droit vaudois suffiraient à nous convaincre d'appliquer l'art. 145 Ccs en procédure de recherche de paternité, en tant que cas spécial de mesures provisionnelles. Toutefois, le Tribunal fédéral (31) s'est prononcé en ce sens que l'art. 41 ch. 1 CPC vaudois, en autorisant le juge à accorder des aliments jusqu'au jugement définitif, sort du cadre des mesures provisoires et empiète sur le fond du droit, domaine réservé à la législation fédérale. L'arrêt en question constate que l'art. 321 Ccs règle, avant le jugement, de façon complète et limitative les relations pécuniaires entre le défendeur d'une part et la mère et l'enfant d'autre part, de sorte qu'il y a lieu d'annuler une ordonnance de mesures provisionnelles astreignant le défendeur à servir des aliments à l'enfant demandeur au lieu des sûretés seules prévues par le droit fédéral. Force nous est, dans ces conditions, de nier l'applicabilité de l'art. 145 Ccs à l'action en paternité — quoiqu'ici aussi, pour des raisons d'équité et de bon sens, on serait tenté de l'admettre —, et de reconnaître, tout au moins au point de vue purement juridique, l'argumentation du Tribunal fédéral.

§ 14. En procédure de révision d'un jugement en divorce (art. 157 Ccs).

La question de l'applicabilité de l'art. 145 Ccs se pose également en procédure de modification d'un jugement en divorce commandée par des faits nouveaux, en tant qu'elle vise les relations entre parents et enfants (art. 157 Ccs) et non la suppression ou la réduction d'une pension alimentaire allouée à titre de secours (art. 153 al. 2 Ccs). On ne peut contester la nécessité de mesures provisoires lorsque, à la suite du mariage, du départ ou de la mort de l'époux auquel les enfants avaient été attribués au jugement de divorce, il s'agit de procéder à une nouvelle attribution de ceux-ci en tenant compte avant tout des intérêts et du bien-être de ces derniers. Les mêmes mobiles qu'en procédure de divorce peuvent donner lieu, au sujet des enfants, à des dissensions entre père et mère, dissensions qui ne contribuent nullement à améliorer le sort des enfants déjà ébranlé par le divorce des parents. L'expérience démontre, en effet, que les parents qui sont parties dans un procès en divorce ou en modification d'un jugement en divorce ne sont souvent plus en état de reconnaître et d'apprécier les

(31) JT 1937 I 386 et 1937 III 55, ATF 63 II 65.

intérêts de leurs enfants, à plus forte raison de les sauvegarder, soit qu'ils soient préoccupés de leur propre sort, soit qu'ils se disputent leurs enfants comme on se dispute la propriété d'une chose, ou soit encore qu'ils ignorent les moyens à disposition pour les faire bénéficier d'une éducation et d'un entretien normaux (32). Souvent les conclusions des parents relatives aux enfants sont le fruit de sentiments inadmissibles que le juge ne peut que difficilement déceler. A cela s'ajoutent, lors de la révision d'un jugement en divorce, précisément les difficultés occasionnées par les faits nouveaux motivant la demande. C'est avec raison que le législateur a prévu la légitimation active de l'autorité tutélaire qui, seule, peut fournir des garanties quant à son objectivité.

L'acharnement avec lequel les parties au procès — pour autant qu'il s'agisse des père et mère des enfants, c'est-à-dire des antagonistes en procédure de divorce — défendent les droits péniblement acquis au jugement dont la révision est demandée, ne facilite guère une liquidation rapide des intérêts litigieux. La durée du procès exigera une intervention du juge avant que le jugement définitif soit intervenu, si la réalisation de celui-ci veut être assurée et si des dommages causés à de pauvres créatures doivent être évités. On entrevoit dès lors aisément la nécessité de mesures provisoires.

En droit, l'applicabilité de l'art. 145 Ccs ne présente aucune difficulté. Elle résulte d'ailleurs du fait que, dans le système du Code, l'art. 157 Ccs ayant trait à la révision des jugements en divorce fait suite à l'art. 156 Ccs auquel se rapporte sans aucun doute la disposition de l'art. 145 Ccs relative à la garde des enfants. Rien ne s'oppose, dès lors, à ce que cette disposition se rapporte également à l'art. 157 Ccs. Enfin, la procédure de divorce est applicable, dans la plupart des cantons (33), à la révision des jugements en divorce ; et l'art. 145 Ccs peut être considéré, au sens de ces dispositions cantonales, comme une règle de procédure. Quatre particularités sont toutefois à relever :

1. La loi introductive du Ccs pour le canton de Bâle-Campagne (34) prévoit expressément des mesures provisoires en procédure de révision d'un jugement en divorce et assimile celles-ci, pour ce qui est de la procédure applicable, aux mesures provisoires en procédure de divorce, de séparation de corps et de nullité de mariage.

2. La loi d'application du Ccs fribourgeoise (35) déclare le président du tribunal compétent pour prendre les mesures commandées par les faits nouveaux, alors que l'action en divorce est du ressort

(32) Voir à ce propos : Circulaire de la Direction de Justice du Canton de Zurich, du 1^{er} mars 1937. — (33) L'application de la procédure de divorce est prévue expressément dans : Soleure, EG z. ZGB § 60. Implicitement dans les lois introductives du Ccs des cantons de : Argovie, § 44. Bâle-Campagne, § 33. Bâle-Ville, § 28. Berne, art. 4. Glaris, § 7. Grisons, art. 11. Lucerne, § 3. St-Gall, art. 18 et 69. Schaffhouse, art. 7. Schwyz, § 8. Thurgovie, § 42. Uri, § 6. Vaud, art. 5 ch. 6 (et CPC art. 410). Zoug, § 10 ch. 8. — (34) § 33. — (35) Art. 53.

du tribunal d'arrondissement. Le président a la compétence de prendre de telles mesures déjà avant le jugement en divorce ; cette compétence diffère toutefois de celle que lui confère l'art. 46 de la dite loi pour ordonner les mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs en ce sens que les ordonnances rendues en vertu de l'art. 53 de la loi cantonale précitée sont susceptibles de recours au Tribunal cantonal, alors que celles rendues selon l'art. 145 Ccs ne peuvent être déférées qu'au tribunal d'arrondissement compétent au fond ; il s'agit donc ici d'une procédure toute spéciale.

3. Quant à la loi d'introduction du Ccs zurichoise (36), elle assimile la révision d'un jugement en divorce aux mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs et à la révision d'un jugement en déclaration de paternité. La procédure qui y est de ce fait applicable est la même que celle appliquée au prononcé d'avant dire droit dont on préconise ici l'application par analogie. Cette procédure presque sommaire — puisqu'il est loisible au tribunal compétent de supprimer l'audience des débats — pourrait soulever certaines objections quant à son opportunité dans une cause d'une telle importance et souvent d'une telle envergure. Une garantie subsiste toutefois pour le justiciable dans la possibilité de recours à la Cour suprême (37).

4. Le Code de procédure civile vaudois (38) prévoit préalablement aux débats devant le tribunal compétent la comparution des intéressés devant le président qui tente de les mettre d'accord sur une convention tenant lieu de jugement. Ce n'est qu'en cas d'échec de cette conciliation qu'il est procédé à une instruction préliminaire et que les parties sont assignées devant le tribunal.

La jurisprudence s'est montrée généralement favorable à une extension des dispositions de l'art. 145 Ccs à la révision d'un jugement en divorce (39). Seuls les tribunaux zurichois, précisément à cause de la particularité de leur procédure citée plus haut, ont modifié leur jurisprudence en ce sens qu'ils ne l'admettent pas. Cette jurisprudence (40) s'explique par le fait que, la révision se jugeant dans la même procédure que les mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs, il n'existe, en droit zurichois, aucun besoin de telles mesures qui ne pourraient de toutes façons pas être ordonnées avant le jugement lui-même. La rareté des mesures exigeant une intervention immédiate, — vu que les questions les plus urgentes ont été liquidées au jugement en divorce et que la situation des parties est plus ou moins stable, — ne justifie nullement, de l'avis de la Cour suprême zurichoise, une extension du champ d'application de l'art. 145 Ccs. Si cette même Cour avait admis précédemment (41) la nécessité de mesures provisoires, — requises d'ailleurs à tort en vertu des dispositions cantonales sur les mesures provisionnelles en général — elle s'est laissée guider par des

(36) § 11. — (37) § 13 de la dite loi. — (38) Art. 410. — (39) ZBJV 71/217. Cf. également Leuch, n° 1 ad art. 299. — (40) SJZ 39/485 n° 246. Arrêt du 6.2.1943. — (41) BlZür 36 n° 18. Arrêt du 26.8.1936.

considérations d'équité et par l'intérêt des enfants qui était en jeu dans le cas particulier, et a reconnu au juge la faculté d'ordonner des mesures provisoires selon sa libre appréciation, sans devoir se baser sur une disposition légale quelconque.

Si l'applicabilité de l'art. 145 Ccs à la révision d'un jugement en divorce ne donne lieu à aucune objection d'ordre formel, la question du for de cette action, et partant des mesures provisoires y relatives, fait l'objet d'une controverse qu'il n'y a toutefois pas lieu d'examiner ici (42).

§ 15. En procédure de divorce consécutive à un jugement en séparation de corps (art. 147 et 148 Ccs).

En dernier lieu, il convient de citer un cas d'application de l'art. 145 Ccs qui pourrait sembler évident. Il s'agit de l'action en divorce survenant après jugement en séparation de corps pour une durée déterminée ou illimitée (art. 147 et 148 Ccs). Des raisons pratiques nous obligent à admettre ici également l'applicabilité de l'art. 145 Ccs. Toutefois, au point de vue juridique, cette application donne lieu à certaines objections provenant du fait que le jugement en divorce est entré en force de chose jugée et qu'il ne saurait, pour cette raison, être question de modifier, à titre provisoire, l'état de fait découlant de ce jugement par une autorité judiciaire qui, dans la plupart des cantons (43), n'est pas celle qui a prononcé le jugement en séparation de corps. Cependant, la séparation de corps telle que la prévoit le Ccs a un caractère avant tout provisoire ; elle permet aux époux de se déterminer s'ils désirent reprendre la vie commune ou si, au contraire, le mariage doit être dissous par le divorce ; celui-ci peut, dans tous les cas, être demandé au plus tard après trois ans (art. 148 Ccs). Le jugement en divorce doit être rendu en considération des faits établis au cours de l'instance précédente (art. 148 al. 3 Ccs) et le tribunal compétent pour en connaître est celui qui a prononcé la séparation de corps (44) ; cette dernière circonstance rend dès lors la tentative de conciliation inutile (45). Les rapports de droit et de fait entre le jugement en séparation de corps et la procédure subséquente sont donc indéniables ; il n'y a pas lieu, par conséquent, de contester au juge des mesures provisoires la faculté de rendre une ordonnance à laquelle on pourrait opposer, en d'autres circonstances, l'exception de chose jugée.

La question du for pourrait, ici aussi, soulever des difficultés qui ne sont pas à traiter ici (46).

(42) Cf. § 35. — (43) A l'exception des cantons de Genève (sauf pour ce qui est des mesures de caractère exclusivement conservatoire, art. 3 ch. 3 L.A.Ccs), art. 441 LPC ; Zurich, EG z. ZGB § 11 ; Lucerne, § 3 ; Grisons, § 11 ; Schaffhouse, art. 7 ; Schwyz, § 8. — (44) Cf. Argovie, EG z. ZGB § 44. — (45) CPC vaudois, art. 53 ch. 2. — (46) Cf. § 36.

CHAPITRE TROISIÈME :

§ 16. Nature juridique des mesures provisoires.

A la base de toute considération, il faut placer l'art. 64 CF qui délimite les compétences législatives en ce sens que la Confédération légifère en matière de droit civil et que la procédure reste, comme par le passé, de la compétence des cantons. Au regard de cette disposition fondamentale, la question qui nous occupe pourrait être résolue ainsi : l'art. 145 Ccs étant une disposition édictée, comme tout le Code civil d'ailleurs, par le législateur fédéral, il s'agit donc de droit matériel. Cependant, la règle posée à l'art. 64 CF n'est pas appliquée avec rigueur. Ainsi, le législateur fédéral s'est permis d'empiéter sur la souveraineté des cantons. Les exemples les plus frappants en matière de divorce sont les art. 144 et 158 Ccs qui sont incontestablement, ayant trait au for de l'action en divorce et à la procédure de divorce, des dispositions qui, au sens strict de l'art. 64 CF, entrent dans les attributions des cantons. Mais vu que ces dispositions sont contenues dans le Code civil qui est une loi fédérale dans l'acception que lui donne la Constitution, le Tribunal fédéral n'a pas la faculté d'en vérifier la constitutionnalité (47). Le législateur fédéral acquiert ainsi la possibilité de violer la constitution sans que le justiciable ou les cantons restreints dans leurs compétences puissent se prévaloir de leurs droits par voie de recours à l'instance fédérale en matière de droit civil ou de droit public puisqu'un droit constitutionnel est en jeu.

Si le législateur a empiété sur le domaine réservé au droit cantonal en plusieurs endroits, il faut admettre que tel est aussi le cas pour l'art. 145 Ccs. En effet, nous avons vu que les mesures provisoires qui y sont prévues ne représentent qu'un cas spécial des mesures provisionnelles qui, elles, sont nettement des dispositions de procédure ; elles sont par conséquent prévues à juste titre dans les procédures cantonales. Il convient donc d'en examiner les particularités (48).

Les conditions dans lesquelles des mesures provisoires en général peuvent être requises varient d'un canton à l'autre. On peut toutefois distinguer trois catégories de mesures selon le but auquel elles sont destinées :

- a) les mesures destinées à prévenir tout changement à l'objet litigieux,
- b) les mesures destinées à protéger le requérant dans une position menacée,
- c) et enfin les mesures destinées à préserver de dommages imminents et irréparables.

(47) Art. 113 al. 3 CF. — (48) Cf. Etter, § 1, p. 1 à 9.

L'on ne saurait placer les mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs, vu leur nature toute particulière, dans une de ces catégories bien distinctes ; en revanche, on ne peut nier certaines analogies existant entre ces deux genres de mesures : la première, évidente d'ailleurs, consiste dans le caractère provisoire propre à tous deux ; la seconde réside dans la relation qu'ont tous deux avec le procès au fond. Cette relation découle précisément de leur nature provisoire ; toutefois, elle ne se manifeste pas, comme il pourrait paraître à première vue, aux deux places de la même façon : les mesures provisionnelles en général peuvent être requises même avant l'introduction de l'action au fond, alors que l'art. 145 Ccs spécifie expressément que de telles mesures ne peuvent être ordonnées qu'une fois l'action en divorce introduite. Cette différence s'explique, pour ce qui est de l'art. 145 Ccs, par le fait qu'avant l'instance en divorce, la nécessité pour les époux d'avoir recours à des mesures provisoires ne se fait pas sentir puisque le législateur a prévu à cet effet les mesures protectrices de l'union conjugale ; cette différence est donc uniquement conditionnée par les particularités qu'implique le droit de la famille.

Ces analogies nous incitent à assimiler, du moins quant à leur nature juridique, les mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs aux mesures provisoires en général. Pour être logique, il faudrait, de ce chef, leur refuser la qualité de droit matériel que leur confère apparemment le Code civil. On ne peut toutefois tirer cette conséquence après avoir examiné dans un chapitre précédent les rapports étroits existant entre l'art. 145 Ccs et différentes dispositions du Code civil. Force nous est de reconnaître d'une part les affinités de l'art. 145 Ccs avec la procédure, et d'autre part les influences du droit matériel auxquelles il est soumis. Nous sommes donc en présence d'une disposition dont la nature juridique varie selon qu'on l'examine sous l'angle de la procédure ou selon qu'on donne au droit matériel qui la régit une importance déterminante. Ainsi la tendance manifestée dans ce travail de ne pas considérer l'art. 145 Ccs uniquement du point de vue de la procédure se voit pleinement justifiée. Il s'agit toutefois de ne pas accorder à l'un ou à l'autre de ces points de vue une importance prépondérante qui serait contraire au sens de cette disposition.

Dans ces circonstances, on peut se poser la question si l'application de l'art. 145 Ccs sera soumise aux conditions que prescrit la procédure cantonale pour les mesures provisionnelles en général, ou si, au contraire, le législateur fédéral entendait, en créant cet article, en régler également les conditions d'application et le soustraire à l'emprise du droit cantonal pour en assurer la réalisation de manière uniforme. Le tribunal cantonal vaudois (49) a admis que l'instant aux mesures provisoires en cas de divorce, bien que les mesures prises en vertu de l'art. 145 Ccs diffèrent sur plusieurs points des autres mesures provisionnelles, n'en doit pas moins observer, sous peine de caducité de l'ordonnance, les délais prévus à l'art. 47 CPC vaudois pour les mesu-

(49) JT 1932 III 40.

res provisionnelles en général. Au sens de cet arrêt, rien ne s'oppose donc à ce que des mesures prévues par le droit fédéral ne soient soumises aux conditions du droit cantonal quant à leur réalisation. Nous n'approuvons pas cette jurisprudence, car elle équivaut à une restriction des droits conférés par l'art. 145 Ccs en ce sens qu'elle soumet l'application de ces mesures aux conditions prévues et par le droit fédéral et par le droit cantonal. Cette duplicité n'est guère voulue par le législateur. Cependant, l'arrêt en question ne peut être généralisé, car il a trait à des mesures provisoires ordonnées avant le dépôt de la demande, alors qu'au sens et à la lettre de l'art. 145 Ccs de telles mesures ne peuvent être requises qu'après l'introduction de la demande; l'objection que l'on pourrait faire à cette jurisprudence semblerait donc plutôt se rapporter, dans ce cas, au fait de tolérer des mesures provisoires avant l'ouverture de l'action, car en rejetant toute demande de mesures provisoires en vertu de l'art. 145 Ccs présentée avant l'introduction de la demande en divorce, le tribunal en question n'aurait pas eu à examiner la question de l'applicabilité de l'art. 47 CPC vaudois aux mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs. Reste à savoir quel est le droit applicable pour déterminer le moment à partir duquel une action peut être considérée comme introduite au sens de l'art. 145 Ccs; si le droit vaudois accorde à l'acte de non-conciliation la signification d'introduction de la demande et qu'il appartient au droit cantonal de désigner le moment à partir duquel une action est considérée comme introduite, la thèse du tribunal cantonal devient soutenable en tant qu'elle admet la possibilité de mesures provisoires avant l'introduction de la demande proprement dite, mais après l'acte de non-conciliation; quant à l'assujettissement des mesures provisoires aux conditions de la procédure cantonale en général, il ne semble pas devoir subsister en face du droit fédéral. En effet, ces conditions sont si différentes dans chaque canton et souvent si rigoureuses (50) que le but visé à l'art. 145 Ccs en deviendrait irréalisable ou tout au moins difficile à réaliser. Cet argument nous paraît décisif. Il convient donc de ne soumettre l'application de l'art. 145 Ccs qu'aux conditions exigées par le droit fédéral. On doit même aller plus loin et admettre que le législateur entendait régler les mesures provisoires en matière de divorce et de séparation de corps de façon complète et absolue, de sorte qu'il ne saurait y avoir de place pour le droit cantonal. Cette constatation implique, par conséquent, que si l'un des époux veut requérir des mesures provisoires ou que si le juge estime à propos d'intervenir d'office après l'introduction de la demande en divorce, ce ne peut être qu'en vertu de l'art. 145 Ccs. Il est vrai que le droit fédéral ne prescrit rien quant à la procédure applicable; il renvoie implicitement au droit cantonal en ce sens que les dispositions de l'art. 145 Ccs devront être greffées sur l'organisation judiciaire existante et sur la procédure ordinaire, sans toute-

(50) Ainsi, certaines procédures cantonales astreignent l'instant aux mesures provisoires à fournir caution. par exemple: Fribourg, CPC art. 192; Neuchâtel, CPC art. 103. Valais, CPC art. 348.

tois en altérer ni le but ni les effets. Si le contraire devait être le cas, c'est-à-dire si l'art. 145 Ccs devait se soumettre aux particularités de chaque procédure cantonale, on ne verrait réellement pas de quels motifs se serait inspiré le législateur en édictant cette disposition ; en empiétant sur le domaine de la législation cantonale, le législateur fédéral entendait créer par là une uniformité fort désirable et qui n'est réalisable que si la disposition en question prime sur les dispositions du droit cantonal. Cette dernière condition est indubitablement remplie en vertu de la force dérogatoire du droit fédéral.

Il convient dès lors d'examiner pour terminer à quelles conditions le droit fédéral soumet l'application de l'art. 145 Ccs. En considérant la nature toute particulière de la procédure de divorce et en tenant compte du fait que des mesures provisoires sont presque toujours nécessaires durant un tel procès, il était indiqué de ne pas poser trop d'obstacles à l'application de l'art. 145 Ccs. Aussi le législateur ne nomme-t-il que l'introduction de la demande en divorce. Ce seul fait suffit à justifier une requête de mesures provisoires (51). Et ceci nous paraît équitable. Il conviendrait peut-être d'ajouter encore une condition d'ordre purement formel : la demande expresse de l'un des intéressés, et encore cette condition n'est-elle pas exigible dans tous les cas. Nous ne reviendrons toutefois pas sur cette question déjà traitée (52).

CHAPITRE QUATRIÈME :

RELATIONS ENTRE LES ART. 145 ET 169 Ccs.

§ 17. Différences fondamentales.

Les relations entre l'art. 145 Ccs et les mesures protectrices de l'union conjugale prévues aux art. 169 et suivants du Ccs sont multiples. Il s'agit, dans les deux cas, de mesures réglant les relations entre conjoints et ordonnées par le juge.

En premier lieu, il convient de relever les points fondamentaux dans lesquels ces mesures diffèrent les unes des autres ; il sera ainsi plus aisé d'en déterminer les affinités.

1. La différence essentielle entre ces deux genres de mesures réside dans leur but. Si, en effet, les mesures selon l'art. 145 Ccs vi-

(51) ZBJV 83/413. — (52) Voir § 5.

sent à une réglementation des relations entre époux, ou tout au moins au maintien du statu quo durant le procès en divorce ou en séparation de corps qui laisse supposer une rupture presque totale du lien conjugal, les mesures protectrices de l'union conjugale, au contraire, comme l'indique d'ailleurs leur dénomination, tendent à une réconciliation des époux au cas où celle-ci devait encore être possible. Tandis que les mesures selon l'art. 145 Ccs se rapporteront plutôt aux intérêts purement personnels de chacun des conjoints, tant au point de vue financier que moral, le juge saisi d'une requête selon l'art. 169 Ccs devra veiller à n'ordonner que les mesures dictées uniquement par les intérêts de l'union conjugale menacée.

2. Il ressort de ce qui est dit précédemment que les mesures selon l'art. 145 Ccs ne pourront être ordonnées qu'une fois l'action en divorce ou en séparation de corps introduite. Leur champ d'application en est, de ce fait, sensiblement restreint. Les mesures protectrices de l'union conjugale, par contre, peuvent être requises en tout temps. La seule restriction qu'il y a lieu d'observer existe précisément en faveur de l'art. 145 Ccs : durant la litispendance d'un procès en divorce ou en séparation, seules les mesures prévues à l'art. 145 Ccs sont admises. Les deux genres de mesures s'excluent donc mutuellement (53).

3. Les mesures protectrices de l'union conjugale prescrites par le juge doivent être rapportées par ce dernier (art. 172 Ccs), sauf en cas de renonciation expresse des époux à se prévaloir d'une telle ordonnance (ATF 42 I 92 ; Gmür, n^{os} 2 et 3 ad art. 172), alors que les mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs n'ont d'effet que jusqu'au jugement définitif et sont annulées ipso jure par celui-ci.

4. L'intervention du juge en vertu de l'art. 169 Ccs n'a lieu que sur requête de l'un des conjoints. Le tribunal saisi d'une demande en divorce ou en séparation de corps peut, le cas échéant, prendre d'office les mesures qu'il juge opportunes.

5. Le juge agissant selon l'art. 169 Ccs est limité, dans les moyens à sa disposition, aux mesures prévues par la loi, tandis que le juge des mesures provisoires peut prendre toutes les mesures nécessaires, en s'inspirant avant tout de l'intérêt des parties.

6. Si, après l'introduction d'une demande en divorce, les époux peuvent, à titre de mesure provisoire, vivre séparés en invoquant simplement la litispendance de l'action en divorce, il appartient à l'époux désireux de requérir des mesures protectrices de l'union conjugale de justifier, le cas échéant, de circonstances l'autorisant à vivre séparé (ATF 64 II 175).

7. Du point de vue de la procédure, le juge des mesures protectrices de l'union conjugale ne pourra allouer de dépens à la partie obtenant gain de cause, lorsque celles-ci sont requises pour protéger

(53) Vaud, LI.Ccs art. 43.

véritablement l'union conjugale, car il est à craindre que l'allocation de dépens, en créant une dette d'un des époux envers l'autre, soit de nature à nuire à la reprise de bons rapports entre conjoints et à compromettre ainsi le résultat désiré (54). A des dépens alloués au mépris de ces considérations s'opposerait d'ailleurs l'interdiction de l'exécution forcée entre époux (art. 173 Ccs). Le juge prononçant des mesures provisoires en vertu de l'art. 145 Ccs n'est nullement lié par de telles considérations.

8. Selon les particularités des procédures civiles cantonales, le juge compétent en matière de mesures protectrices de l'union conjugale ne sera pas toujours le même que celui qui devra être saisi de la requête de mesures provisoires (55). De même, la nature indépendante des mesures protectrices de l'union conjugale rend désirable la possibilité de recours à une instance supérieure contre une telle ordonnance (56), alors que dans la majorité des cantons une ordonnance de mesures provisoires rendue en vertu de l'art. 145 Ccs n'est pas susceptible de recours en elle-même (57); l'instance supérieure saisie de l'action au principal a toutefois la faculté de la modifier ou de la rapporter. Une telle ordonnance peut même être rapportée en tout état de cause si des faits nouveaux le justifient.

§ 18. For.

Les art. 145 et 169 Ccs sont soumis aux mêmes règles concernant le for. Tous deux ne contiennent, il est vrai, aucune disposition à ce sujet. Pour ce qui est de l'art. 145 Ccs, il est évident que le législateur ne voulait répéter ce qui figure à l'art. précédent concernant le for de l'action en divorce ou en séparation de corps (art. 144 Ccs) et que le juge de l'art. 145 Ccs ne peut être que celui désigné à l'art. 144 Ccs. Pour les mesures protectrices de l'union conjugale, en revanche, le droit fédéral ne prévoit aucun for. Pour combler cette lacune, la loi d'introduction dans le canton de Vaud (58) du Ccs dispose que le président compétent dans le cas particulier est celui du domicile du mari. A défaut de règle dans la procédure cantonale, la jurisprudence (59) s'est prononcée pour le for du domicile de la partie défenderesse. La question acquiert de l'importance au moment où les deux conjoints ne sont pas domiciliés dans le même canton et que des conflits de compétence peuvent se produire. Le Tribunal fédéral a admis qu'il s'agit là réellement d'une lacune du droit fédéral qu'il convient toutefois de combler en appliquant par analogie les dispositions relatives au for des mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs, c'est-

(54) Arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 1.3.1939 (SJZ 36/10 n° 1). — (55) Par exemple dans les cantons de Lucerne et Zurich. — (56) Ainsi Fribourg, LA.Ccs art. 58 qui prévoit le recours au Tribunal cantonal. — (57) A l'exception des cantons de Zurich, Thurgovie, Soleure et Schwyz (voir § 43). — (58) Art. 44. — (59) SJZ 14/346, 18/312, 35/152, n° 108.

à-dire l'art. 144 Ccs (60). Cette application se justifie d'autant plus que l'art. 145 Ccs, en rapport avec l'art. 170 al. 2 Ccs, se manifeste en fait de la même façon que l'art. 170 al. 1 et 3 Ccs, c'est-à-dire autorise l'épouse à se constituer un domicile séparé et à revendiquer des aliments. Une différence ne réside que dans les conditions de ce domicile séparé en ce sens que, dans le premier cas, l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps suffit à elle seule pour le justifier, alors que, dans l'autre, il faut que l'épouse prouve l'existence d'un ensemble de circonstances de nature à légitimer une vie séparée. Ce rapport entre les deux institutions est marqué, au point de vue purement formel, précisément à l'art. 170 Ccs qui prévoit les deux seules possibilités de cesser la vie commune (art. 170 al. 1 et 2 Ccs ; par contre, l'al. 3 ne se rapporte qu'à l'al. 1). Pour ces raisons, il est peu vraisemblable que le législateur fédéral ait voulu régler de façon différente le for de telles mesures selon qu'elles sont requises à la suite d'une demande en divorce ou exclusivement en vertu de l'art. 170 al. 1 Ccs, et qu'il ait voulu, en même temps, faciliter dans le premier cas la poursuite de ses droits à l'époux requérant en mettant à sa disposition le for de son domicile, alors que dans le second cas il lui refuserait cette faveur et le renverrait au juge du domicile de l'époux contre lequel les mesures protectrices sont requises. Cette intention ne saurait guère être prêtée au législateur, d'autant plus que les mesures protectrices de l'union conjugale sont souvent les préliminaires d'un procès en divorce.

Même si le for des art. 169 et 170 Ccs concorde avec celui de l'art. 145 Ccs, le Tribunal fédéral a admis qu'il s'agit toutefois d'un for de droit fédéral, tout à fait indépendant, adapté aux circonstances particulières et fixé au domicile de la partie requérante.

La procédure selon l'art. 145 Ccs présente d'ailleurs, par rapport à celle selon l'art. 169 Ccs, des différences tant au point de vue des conditions d'application que du for. Tandis qu'au cours d'un procès en divorce, le juge du divorce est seul compétent pour rendre une ordonnance de mesures provisoires — alors même que l'épouse aurait un domicile distinct ou que le domicile commun aurait été transféré depuis l'introduction de la demande — il est de règle que les demandes de mesures protectrices de l'union conjugale doivent être portées devant le juge du domicile du requérant.

Cette règle s'applique non seulement dans les cas où la législation cantonale ne contient aucune disposition particulière relative au for, mais elle l'emporte aussi, en vertu de la force dérogatoire du droit fédéral, sur celle de l'art. 44 de la loi introductive vaudoise (61) tant au point de vue intercantonal qu'intracantonal (62). Cette manière de voir se fonde sur le fait que, vu la nature des décisions à prendre, le législateur fédéral n'a pas voulu laisser aux cantons la faculté de fixer

(60) ATF 54 I 243. Cf. également : Gmür, n° 21 ad art. 169 ; Egger n° 5 a ad art. 169 ; Stauffer, p. 55. — (61) JT 1939 III 2. SJZ 35/152. — (62) SJZ 40/157 n° 96.

le for compétent. Par ailleurs, le for de la partie requérante est le plus rationnel puisqu'il permet au juge d'intervenir le plus rapidement et qu'il facilite, d'autre part, l'instruction de la cause.

§ 19. Validité des mesures selon l'art. 169 Ccs

durant le procès en divorce.

Comme il a été mentionné plus haut, les mesures protectrices de l'union conjugale ne font souvent que précéder l'ouverture d'une action en divorce ou en séparation de corps. Dans ce cas, elles peuvent être maintenues pour la durée du procès pour autant qu'elles correspondent aux besoins les plus urgents des parties en cause et qu'elles ne sont pas rapportées à la demande d'une partie, ce qui permettra au juge saisi de l'action en divorce, s'il a des doutes sur sa compétence, de liquider en premier lieu cette question, sans crainte de léser les parties en cause (63). Une confirmation, par le juge du divorce, des mesures prises en vertu de l'art. 169 Ccs n'est pas nécessaire (64).

§ 20. Détermination du for de l'action en divorce.

Comme il conviendra de le démontrer par la suite (65), les mesures protectrices de l'union conjugale tendant à autoriser la femme à se constituer un domicile séparé (art. 170 al. 1 Ccs) influent sur la détermination du for des mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs, respectivement de l'action en divorce ou en séparation de corps. L'art. 144 Ccs stipulant, en effet, que cette action doit être portée devant le juge du domicile de la partie demanderesse, le domicile qu'acquerra l'épouse autorisée à vivre séparée désignera automatiquement, pour le cas où elle serait demanderesse au divorce, le for de son action. Il ne s'agit pas ici d'examiner si la faculté de se créer un domicile distinct au sens de l'art. 170 al. 1 Ccs est une faculté *ex lege* ou si, au contraire, elle est soumise à l'approbation du juge (66). Il suffit de relever les rapports existant entre l'art. 145 Ccs d'une part et les art. 169 Ccs d'autre part, en réservant de les examiner de façon approfondie à temps voulu.

Une dernière question se pose encore en corrélation avec le for de l'action en divorce : les mesures protectrices de l'union conjugale peuvent, le cas échéant, consister en une admonestation de l'époux fautif, voire même en une sommation de réintégrer le domicile conjugal à celui qui l'aura délaissé. Cette sommation implique la négation des conditions de l'art. 170 al. 1 Ccs autorisant un époux à se

(63) ATF 64 II 396. — (64) SJZ 23/88 n° 62. — (65) Cf. § 32 ch. 10. —

(66) Cf. § 32.

constituer une demeure séparée. Or, il s'agit de savoir si cette constatation lie le juge saisi d'une action en divorce intentée par l'époux admonesté en ce sens qu'il devrait décliner sa compétence, ou si, au contraire, ce même juge a la faculté d'examiner par lui-même la question du domicile séparé et, dans l'affirmative, d'annuler l'ordonnance rendue par un autre juge, l'art. 172 Ccs prévoyant que les mesures rendues en vertu de l'art. 169 Ccs doivent être rapportées expressément. Le juge saisi d'une telle demande en divorce se trouvera donc en face d'une question délicate qu'il lui appartiendra de trancher.

§ 21. Pour les étrangers domiciliés en Suisse.

Enfin les étrangers domiciliés en Suisse qui ne peuvent se constituer un for de divorce ou de séparation de corps en Suisse ou qui ont introduit une telle action au for de leur pays d'origine, ne pourront se prévaloir de l'art. 145 Ccs et devront nécessairement, si une intervention du juge à leur lieu de domicile s'impose, avoir recours aux mesures protectrices de l'union conjugale qui, elles, ne leur seront point refusées (67).



67) BIZÜR 14 n° 5, ATF 64 II 72.

TROISIÈME PARTIE

LES DIFFÉRENTES MESURES EN PARTICULIER

CHAPITRE PREMIER :

LA DEMEURE ET L'ENTRETIEN DE LA FEMME.

§ 22. La demeure de la femme.

Il n'est point nécessaire de démontrer l'utilité d'une mesure qui consiste à assigner à la femme un domicile séparé. Le maintien d'un foyer commun n'est guère indiqué dès qu'une demande en divorce ou en séparation de corps aura été introduite. En effet, cette circonstance ne serait pas si grave en elle-même si elle n'intervenait pas après une période plus ou moins longue de frottement entre époux. Et si l'art. 170 al. 1 Ccs donne à l'épouse la faculté de se constituer un domicile séparé — sans autorisation préalable du juge — avant qu'une action en divorce soit portée devant le tribunal, à plus forte raison doit-on lui accorder cette faculté dès que le juge sera saisi d'une telle demande. Le droit de la femme de cesser la vie commune après l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps est sanctionné à l'art. 170 al. 2 Ccs.

Ce droit n'est toutefois pas conféré uniquement à la femme. Il ressort de la disposition en question « Chacun des époux a le droit... » que le mari peut également s'en prévaloir ; mais il ne pourra le faire en appliquant simplement la loi du plus fort et en chassant la femme du domicile conjugal. Il appartient au juge de prendre les mesures qui s'imposent et de décider, en vertu de l'art. 145 Ccs, si c'est le mari ou la femme qui conservera provisoirement le domicile auparavant commun. A cet effet, il partira avant tout de l'idée d'une solution équitable. On ne saurait poser des principes rigides que le juge aurait simplement à appliquer au cas qui l'occupe dès que les conditions en seraient données. Une telle conception serait non seulement contraire au sens et à la lettre de l'art. 145 Ccs qui ne voulait lier en rien le juge des mesures provisoires dans l'appréciation des

faits et des mesures à ordonner — sauf qu'il lui enjoint de s'inspirer de la notion de nécessité, — mais aussi ne pourrait-on prévoir toutes les circonstances auxquelles peut donner lieu la vie pratique, de sorte qu'un tel schéma pécherait nécessairement par son imperfection ; et si une certaine mesure s'impose dans telle circonstance, elle ne sera souvent pas indiquée dans telle autre pourtant analogue. Les considérations dont le juge aura à tenir compte sont multiples et complexes. Néanmoins peut-on tracer dans les grandes lignes quelques directives qu'il convient de respecter.

Dans bien des cas, la séparation de fait aura précédé l'introduction de la demande en divorce. La tâche du juge en sera certes facilitée, cependant il ne pourra sans autre approuver la solution obtenue par la force des choses. Il se pourrait, en effet, que l'épouse, maltraitée et délaissée, se soit vue contrainte de fuir le domicile conjugal et de chercher asile dans des conditions tout à fait précaires ; mais celles-ci lui sembleront souvent préférables à la vie d'enfer que lui réserve le foyer conjugal où, par contre, elle aurait peut-être un meilleur gîte et n'aurait aucun souci pour subvenir à ses besoins. Dans ces conditions, le juge devra intervenir et soit désigner à la femme un autre lieu de résidence et fixer une pension alimentaire qui permette à celle-ci de conserver cette situation, soit ordonner au mari de quitter le domicile conjugal. Cette dernière mesure, il est vrai, ne devra être envisagée que rarement du fait que le mari sera tenu de conserver son domicile pour pouvoir faire face aux exigences de sa profession. Tel sera notamment le cas lorsque le mari aura installé dans sa maison un commerce ou une entreprise. Toutefois, le cas contraire peut se présenter lorsque la femme exerce à son domicile une profession ou une industrie qu'on ne saurait lui faire quitter. Le fait que c'est le mari qui a conclu le bail à loyer ne doit en aucune façon influencer la décision du juge. La qualité de propriétaire de l'immeuble affecté aux besoins du ménage ne sera déterminante qu'au cas où il ne subsisterait aucun motif impérieux à attribuer l'habitation jadis commune à l'autre conjoint qui n'en est pas le propriétaire.

Dans la plupart des cas, la décision du juge se bornera, dans ce domaine, à désigner l'époux en droit de conserver le domicile commun, l'autre époux pouvant, en temps normaux, se créer facilement un nouveau domicile. Le juge aura seulement à fixer quels effets il sera loisible à celui-ci d'emporter en plus de ses effets personnels, afin de lui donner d'emblée la possibilité de parer aux inconvénients les plus immédiats résultant d'une séparation si subite. Mais la pénurie de logements locatifs — telle qu'elle existe dans les périodes comme celle que nous traversons actuellement — contraindra le juge à avoir recours à d'autres solutions qui n'impliquent pas pour l'époux qui doit quitter le domicile conjugal de se chercher un appartement ailleurs ; il pourra, dans ces conditions, ordonner une séparation à l'intérieur du domicile occupé jusqu'à ce moment et prendre, dans ce but, toutes les mesures qui s'avéreraient nécessaires.

Comme on le voit, les mesures que le juge pourra prendre

sont multiples. Celui-ci ne sera, il convient de le répéter, nullement limité dans son choix par des prescriptions de droit fédéral. Le droit cantonal pourrait, il est vrai, être pris en considération, aux termes de l'art. 5 al. 2 Ccs, en tant qu'expression de l'usage ou des usages locaux, cependant faudrait-il que ceux-ci soient réservés par la loi pour être applicables en l'espèce. Le juge des mesures provisoires ne saurait se conformer à des usages établis au cours des ans, alors que son intervention doit précisément vouer toute son attention à la personne des époux en cause.

Les questions qui l'occuperont seront nécessairement des questions de fait ; or, il n'y a pas lieu de s'y attarder trop longtemps. Une seule doit cependant être éclaircie ici ; elle se rapporte à la durée de la séparation, en vertu de l'art. 170 al. 2 Ccs. Cet article sanctionne le droit des époux de vivre séparés pour la durée du procès. Lorsque le divorce ou la séparation de corps sont prononcés par jugement définitif, il est clair que la séparation devient également définitive, ou tout au moins qu'elle est maintenue en vertu du jugement. Mais pour le cas où la demande est retirée ou écartée, la loi présente une certaine rigueur en ce sens que le seul retrait ou rejet suffirait à obliger les époux à reprendre la vie commune d'un jour à l'autre. On serait tenté de laisser l'art. 170 al. 2 Ccs déployer ses effets jusqu'au moment où les conditions indispensables à la reprise de relations normales entre époux seraient données (1). Cette extension peut toutefois avoir pour le débiteur d'une pension alimentaire des répercussions sensibles sans compter qu'il s'agirait, en l'occurrence, d'une dérogation par trop grave au principe posé à l'art. 145 Ccs pour qu'elle se justifiât par elle-même. Aussi le Tribunal fédéral ne l'a-t-il pas admise (2). En fait, elle aurait certes sa raison d'être ; mais les conséquences juridiques qu'elle implique — et qui sont déterminantes en l'espèce — s'opposent à son admissibilité. Dans la vie pratique, toutefois, l'obligation de reprendre la vie commune aussitôt après ne sera guère respectée que dans des cas très rares.

§ 23. L'entretien de la femme.

1. L'obligation du mari de subvenir à l'entretien de sa femme découle de l'art. 160 al. 2 Ccs ; elle subsiste nonobstant l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps et revêt une importance particulière au moment où l'épouse cesse la vie commune. Cette obligation constitue, en procédure de divorce, le corrélatif de la disposition contenue à l'art. 170 al. 2 Ccs. Le droit de la femme — qui a voué son activité à la prospérité de l'union conjugale dès le mariage — de se constituer un domicile séparé ne serait qu'un vain mot si on ne lui accordait d'autre part les moyens nécessaires à sa réalisation. En effet, l'épouse ne sera pas immédiatement, à de rares exceptions près, en état de subvenir elle-même à ses besoins. Dans tous

(1) SJZ 11/8 n° 2. — (2) ATF 41 I 105.

les cas, son adaptation aux circonstances nouvelles nécessitera un temps plus ou moins long durant lequel le mari est tenu de lui fournir une pension alimentaire. Cette période transitoire excédera souvent le jugement définitif, mais il appartient alors au juge du divorce d'en fixer les modalités. La pension alimentaire due en vertu de l'art. 145 Ccs est limitée dans sa durée, comme toutes les autres mesures provisoires d'ailleurs, à la durée effective du procès.

2. Cependant, la nécessité d'un subside se fera sentir, pour la femme, dès le moment où elle quitte le domicile conjugal. Or, jusqu'au moment où elle aura présenté sa requête et qu'il aura été fait droit à cette dernière, il se sera écoulé un laps de temps durant lequel la femme aura dû vivre tout de même et durant lequel elle aura nécessairement contracté des engagements et des dettes, à moins qu'elle dispose des fonds nécessaires, ce qui sera très rare — même chez des épouses ayant apporté en ménage une dot respectable, du fait que l'administration des biens matrimoniaux revient au mari (sauf sous le régime de la séparation de biens). — C'est pour cette raison que la jurisprudence (3) a admis la rétroaction de l'obligation d'entretien du mari au jour de l'introduction, par les bénéficiaires, d'une réclamation devant l'autorité compétente. Cette mesure découle logiquement de la nature de l'obligation alimentaire dont le but est de satisfaire aux besoins existants et qui ne constitue pas, normalement, une prétention pécuniaire. Les principes à la base du droit fédéral conduisent au même résultat : il convient d'admettre l'effet rétroactif, attendu que, d'une part, le débiteur ne doit pas profiter d'une contestation induite de sa dette et que, d'autre part, le créancier de l'obligation alimentaire exprime clairement, par l'introduction de sa requête, sa volonté de recevoir des prestations dès ce moment.

En revanche, le créancier de l'obligation d'entretien qui n'a pas agi en temps et lieu ne peut demander ultérieurement une compensation pécuniaire pour l'entretien auquel il avait droit, mais qu'il n'a pas réclamé (4). L'omission de réclamer entraîne donc pour le créancier le refus de la rétroaction au moment de la séparation, c'est-à-dire au moment de la conversion de l'obligation en nature en une obligation pécuniaire. Mais cette omission ne saurait être interprétée comme renonciation définitive aux subsides pour la période future. En effet, l'art. 145 Ccs ne prévoit que le moment à partir duquel des mesures provisoires peuvent être requises, mais il n'exige pas que la requête doive être faite dès que les conditions en sont données. Cette conception se justifie d'ailleurs au regard de la procédure cantonale qui dispose notamment que les mesures provisoires peuvent être requises en tout état de cause (5).

3. Les mesures provisoires cessent de plein droit au moment où le jugement définitif intervient. Il en est, par conséquent, de même

(3) ATF 52 II 330. Contra : SJZ 28/59 n° 48. — (4) ATF 52 II 330. — (5) CPC vaudois, art. 42. ZBJV 46/218.

pour la pension alimentaire. Cette obligation subsiste aussi longtemps que l'union conjugale subsiste, mais elle prend aussi fin en même temps qu'elle ; tel est, par exemple, le cas lorsque le recours frappant le jugement en divorce ne porte que sur la liquidation du régime matrimonial : le divorce étant, de ce fait, définitif, la pension alimentaire ne devra être versée durant la procédure en instance supérieure (6), à moins que le jugement en divorce ne le prévoie expressément, mais sur la base de l'art. 152 Ccs ; la fixation des subsides pour la durée du procès ne peut toutefois être modifiée avec effet rétroactif au jugement définitif (7). Par contre, si les deux époux demandent le divorce et que le tribunal le prononce seulement à la demande de l'un, tout en rejetant les conclusions de l'autre (8), l'obligation d'entretien en vertu de l'art. 160 al. 2 Ccs ne cessera pas pour autant en cas d'appel de cette décision, quand bien même le divorce devrait être considéré comme définitif, la juridiction d'appel étant liée aux conclusions des parties en cause. En effet, la Cour d'appel du canton de Berne (9) a prononcé, en séance plénière, que le divorce ne devient définitif que lorsque toutes les conclusions, tant principales que reconventionnelles, ont été jugées de façon définitive. S'il n'en était ainsi, le défendeur reconventionnel ne pourrait porter la cause en appel ; il en serait réduit à intenter une action en constat — sur laquelle le tribunal n'entrerait guère en matière — aux fins de faire reconnaître son propre droit à demander le divorce.

4. Le mari ne saurait se libérer purement et simplement de son obligation en prétextant qu'il n'a aucun revenu et pas de fortune considérable (10), ni en alléguant qu'une telle charge supplémentaire le plongerait, lui et ses enfants, dans le plus profond dénuement (11). L'obligation subsiste en principe indépendamment de ces circonstances. Le mari ne peut également faire valoir que sa femme vit injustement séparée de lui — par analogie avec l'art. 170 al. 1 et 3 au sens duquel la pension alimentaire peut être refusée à la femme si elle ne peut invoquer des circonstances justifiant la cessation de la vie commune (12) — car la jurisprudence (13) admet que l'introduction d'une demande en divorce est dans tous les cas un motif suffisant pour cesser la vie en commun. L'offre faite par le mari à sa femme de continuer la vie commune malgré la litispendance ne le dispense en rien de son obligation d'entretien (14), sans qu'il puisse prétendre à un abus de droit de la part de sa femme ; en effet, si l'art. 170 al. 2 Ccs confère à chacun des époux la faculté de cesser la vie commune dès l'instance en divorce, il entend consacrer par là un droit absolu qui ne peut être subordonné à des considérations d'ordre pécuniaire. En outre, le débiteur de la pension alimentaire n'est pas autorisé à modifier de son propre chef la situation telle qu'elle résulte de l'ordonnance de me-

(6) SJZ 38/282 n° 124. — (7) SJZ 26/200 n° 142. — (8) ZBJV 74/344. — (9) ZBJV 75/293. — (10) SJZ 9/108 n° 86. — (11) SJZ 22/263 n° 216. — (12) SJZ 21/64 n° 19 ; 38/31 n° 5. — (13) BIZüR 12 n° 138. — (14) SJZ 26/17 n° 14.

sures provisoires pour obtenir une réduction ou la suppression de sa dette alimentaire (15), notamment en gardant chez lui un enfant attribué par le juge à l'autre conjoint. Enfin, la faute éventuelle du créancier de la pension alimentaire n'influe en quoi que ce soit sur l'obligation de l'époux débiteur. En effet, si une telle faute devait être prise en considération lors du prononcé de mesures provisoires, il serait nécessaire d'instruire sur les faits de la cause au fond ; une telle extension de la procédure préliminaire n'était guère voulue par le législateur et ne serait, d'autre part, pas compatible avec la ratio legis de l'art. 145 Ccs (16), qui ne fait, contrairement à l'art. 152 Ccs, point de l'innocence de l'époux une des conditions de son droit à être entretenu. Si la faute de l'époux créancier devait être prise en considération, il en résulterait que le débiteur pourrait, le cas échéant, exiger au jugement définitif la restitution des aliments payés indûment, pour autant que l'innocence du créancier devait y être déniée (17), conséquence qui ne peut certes être interprétée de l'art. 145 Ccs. Le Code civil ne contient aucune disposition qui autorise le juge à libérer le mari de son obligation d'entretien en cas de faute de son conjoint, même si cette faute devait déjà être établie par l'instruction au moment de la requête de mesures provisoires (18). En ce sens, il se trouve en nette opposition avec le Code civil allemand qui prévoit, dans ce cas, une réduction de la pension (« notdürftiger » au lieu de « standesgemässer Unterhalt ») (19). En droit suisse, la faute de l'un des époux n'est examinée qu'en vue du jugement en divorce ou en séparation de corps.

Le principe d'accorder à la femme une pension alimentaire du seul fait de l'introduction de la demande en divorce, lors même qu'elle aurait commis adultère (20), comporte une certaine rigueur, notamment lorsque la femme traîne à dessein la procédure en longueur, soit en déguisant sciemment la vérité, soit en provoquant la suspension du procès par l'ouverture d'actions pénales en faux témoignage. D'aucuns prétendent que ce principe favorise au procès l'époux de mauvaise foi. La jurisprudence (21) s'est toutefois refusée catégoriquement à prévoir des exceptions, quoique la notion du refus de la pension, lorsque la femme s'est manifestement mise dans son tort en quittant le domicile conjugal, avait été admise par la Cour de Zurich (22).

Néanmoins faut-il admettre qu'une ordonnance de mesures provisoires ne déploie ses effets, en tant qu'elle condamne le mari à verser à sa femme une pension alimentaire, que rebus sic stantibus. En effet, lorsque la femme sera à même de subvenir à ses propres besoins, il conviendra de libérer le mari pour autant qu'il n'y ait pas disproportion entre la situation de chacun des époux. Mais encore le mari devra-t-il, à cet effet, requérir la modification de l'ordonnance de

(15) SJZ 26/200 n° 142. — (16) SJZ 18/239 n° 179. — (17) BlZür 17 n° 174. — (18) SJZ 26/136 n° 93 ; 26/233 n° 164 ; 35/297 n° 206. — (19) Weiss, art. 145 n° 587. — (20) SJZ 38/31 n° 5. — (21) SJZ 38/31 n° 5. — (22) SJZ 14/33.

mesures provisoires, faculté qui lui est donnée en tout temps. On ne saurait admettre que l'ordonnance tombe par le seul fait que les circonstances ont changé. Toutefois, l'épouse créancière de la pension risque, dans un cas pareil, que le juge ne prononce pas la main-levée de l'opposition faite par le débiteur qui n'entend pas s'acquitter volontairement de sa dette. Or, la jurisprudence à ce sujet tend à refuser la main-levée, malgré que l'ordonnance fixant les subsides n'ait pas été modifiée ou abrogée, lorsque les époux ne vivaient plus séparés durant la période pour laquelle les aliments sont réclamés (23), lorsqu'il s'est produit un fait nouveau de nature à supprimer la cause légale de tout ou partie de l'obligation (24), ou lorsque enfin la situation pour laquelle la pension a été ordonnée a été totalement et définitivement modifiée par des événements postérieurs (25). En revanche, la main-levée a été accordée lorsque l'événement nouveau est imputable au créancier de la pension (26), et alors même que le poursuivant porte atteinte au droit de visite (27).

Enfin, il y a lieu d'admettre que le mari ne sera pas tenu de fournir à sa femme des aliments pour le cas où celle-ci disposerait de suffisamment de biens pour subvenir à ses besoins (28). Cependant, on ne peut exiger d'elle qu'elle entame son capital (29).

5. Il arrive fréquemment que lors de l'introduction d'une demande en divorce, les époux cherchent à régler par convention la situation qui en découle. Le souci du mari consistera à obtenir de sa femme une déclaration selon laquelle elle renonce à la pension alimentaire durant le procès. Les tribunaux ont eu à s'occuper à maintes reprises de telles déclarations. Les opinions sont partagées quant à savoir si la femme peut renoncer valablement à son droit d'entretien. La Cour de justice genevoise (30) l'admet sans restriction. Les tribunaux zurichois (31) voudraient subordonner cette renonciation à l'approbation du juge. Enfin, la Cour suprême du canton d'Argovie (32) examine les conditions dans lesquelles une telle déclaration a été signée et lui refuse toute validité dès qu'il ressort des circonstances qu'elle a été infirmée par des faits nouveaux ; la Cour en question est d'avis qu'un époux ne saurait, par convention, se lier aveuglément pour une période indéterminée, et elle estime qu'une telle convention peut devenir caduque au même titre qu'une ordonnance du juge peut être rapportée ou modifiée.

Il importe de savoir si le fait que l'épouse ne requiert pas une pension alimentaire par voie de mesures provisoires peut être interprété comme renonciation de sa part. Comme nous l'avons vu (33), le juge n'est pas autorisé à prendre d'office des mesures concernant l'entretien de la femme ; il doit donc attendre une requête des parties en

(23) ATF 41 I 119. JT 1915 I 433. — (24) SemJud 1915/76 ; 1917/565. — (25) SemJud 1937/145. — (26) SemJud 1929/619. — (27) SJZ 21/337. — (28) SJZ 38/31 n° 5. BIZÜR 12 n° 138. — (29) SJZ 14/52 n° 35. — (30) SJZ 29/349 n° 238. — (31) BIZÜR 22 n° 243. — (32) SJZ 19/102 n° 75. — (33) Voir § 5.

cause, encore que la Cour d'appel du canton du Tessin (34) spécifie que cette requête doit émaner de l'ayant-droit, le mari ne pouvant la présenter, quel que soit son intérêt.

6. Après avoir admis en principe l'obligation du mari de pourvoir convenablement à l'entretien de sa femme pour la durée du procès en divorce, il convient d'en établir les facteurs déterminants pour la fixation du montant, pour autant que cette tâche incombe au juge, notamment lorsque les époux n'ont pas convenu entre eux de la somme que le mari doit payer.

La doctrine et la jurisprudence (35) s'accordent à dire que l'obligation du mari est indépendante du régime matrimonial adopté par les époux. En revanche, elle ne vaut que pour autant qu'il existe, du côté de l'ayant-droit, un réel besoin (36). La pension alimentaire ne doit pas servir à la thésaurisation (37). Si la femme est en état de subvenir par elle-même à ses besoins, il n'y a pas lieu de lui octroyer une pension alimentaire. Ce besoin suppose donc d'une part que la femme aura mis en œuvre ce qu'on peut légitimement exiger d'elle pour assurer son propre entretien, et implique d'autre part l'obligation de la femme de se chercher, le cas échéant, une occupation rémunératrice. Mais elle ne doit contribuer à son propre entretien que dans la mesure de ses forces (38).

Les ressources du mari constituent toutefois l'élément déterminant pour la fixation du montant de la pension alimentaire (39). Les époux doivent prendre leurs dispositions pour la durée du procès de telle sorte que les moyens dont ils disposent leur suffisent. Il est vrai que la séparation exige des frais plus élevés ; il en résulte nécessairement que les deux époux devront se restreindre dans leurs conditions de vie. Mais le mari ne saurait se soustraire à ses obligations en réduisant volontairement ses revenus, soit en quittant la situation qu'il occupait pour en occuper une nouvelle moins rémunératrice, soit en s'adonnant à la paresse (40). Une absence de gain totale du mari doit être prise en considération — pour autant qu'elle ne soit pas imputable en faute au mari — en ce sens que ce dernier sera libéré de son obligation. Il en sera notamment ainsi en cas de maladie ou de service militaire du débiteur, vu que le maintien de l'obligation entraînerait son endettement. Dans le premier cas, la femme en sera réduite à s'adresser à l'assistance, tandis que dans le deuxième, elle pourra bénéficier des secours prévus aux art. 22 ss OM qui lui confèrent, en pareil cas, un droit à des subsides (41).

7. La jurisprudence a établi, au cours des ans, quelques principes de calculation qu'il nous semble opportun de résumer ici. Le juge doit tenir compte des circonstances suivantes :

(34) SJZ 22/85 n° 71. — (35) SJZ 30/184 n° 144. — (36) ZBJV 43/688. BIZÜR 12 n° 138. — (37) BIZÜR 16 n° 184. — (38) SJZ 14/52 n° 35. — (39) SJZ 9/108 n° 86 ; 27/27 n° 14 ; 37/154 n° 90 ; 37/170 n° 105. — (40) SJZ 38/235 n° 103. — (41) SJZ 37/170 n° 105.

a) Le mari supporte les charges publiques et doit répartir ses revenus de façon à assurer son existence et à vaquer à ses occupations. D'autre part, la femme est libérée des engagements à l'égard de son mari et bénéficie de la pension alimentaire, sans effectuer de prestations en compensation. Il n'est, de ce fait, pas équitable, surtout dans des milieux modestes où la femme doit s'occuper elle-même des travaux du ménage, de partager le revenu du mari en deux parts égales, notamment lorsqu'il n'y a pas d'enfants, car le mari devrait supporter, à part son entretien, d'autres charges et, en plus de cela, accomplir journellement son travail qui nécessite des dépenses supplémentaires. Dans ces conditions, on peut exiger de la femme qu'elle tire parti de ses capacités de travail ainsi libérées afin de subvenir, du moins en partie, à ses propres besoins (42).

b) Contrairement au principe établi en matière d'exécution forcée de prestations découlant du droit de la famille, le minimum d'existence du débiteur sanctionné à l'art. 93 LP doit être respecté dans le cas particulier. En effet, si on le restreint par trop dans ses conditions d'existence, le débiteur n'aura plus aucun intérêt à travailler et à se soucier de remplir ses obligations. Dans tous les cas où les moyens à disposition seront insuffisants, la femme devra être renvoyée à l'assistance si elle ne peut se procurer par elle-même ce dont elle a besoin pour subsister (43).

c) Une pension alimentaire ne devra être fixée s'il s'avère d'emblée que, même par la voie de l'exécution forcée, le débiteur ne pourrait être contraint à effectuer des versements (44).

d) Le mari doit faire en sorte d'assurer à sa femme, tout au long du procès en divorce, un entretien correspondant à ses ressources et à sa situation sociale (45). Il ne peut, par conséquent, revendiquer la somme qui lui paraît nécessaire pour s'entretenir lui-même sur un pied correspondant à sa situation, et abandonner le surplus à sa femme. Il doit permettre à sa femme de vivre dans les mêmes conditions que lui (46), ce qui implique, le cas échéant, des restrictions de part et d'autre. La femme ne peut donc pas exiger d'être entretenue pour le moins sur le même pied que précédemment.

e) On ne peut se ranger à l'avis que d'une part le juge est absolument libre d'apprécier si une pension alimentaire doit être accordée ou non, et que d'autre part le mari doit subvenir à tous les frais d'entretien de sa femme (47). Il convient de trouver la juste mesure. De toutes façons, il y a lieu de procéder à une répartition dès que les revenus du mari dépassent le minimum d'existence.

f) La fixation du montant appartient au juge qui, certes, doit

(42) SJZ 35/297 n° 206. — (43) SJZ 37/263 n° 176 ; 38/297 n° 135. BIZÜR 47 n° 156. Contra : SJZ 36/110 n° 79. — (44) SJZ 37/263 n° 176. — (45) SJZ 14/52 n° 35. — (46) SJZ 37/263 n° 176. — (47) SJZ 35/297 n° 206.

apprécier librement les circonstances (48). Pour la répartition, il s'inspirera avant tout du souci de laisser au mari autant que de besoin pour supporter toutes les charges lui incombant même en cas de domicile commun. Ensuite, il doit lui laisser la somme nécessaire pour accomplir son travail ; la femme a, en effet, un intérêt vital à ce que le revenu du mari soit assuré puisque c'est lui qui lui procure finalement sa pension. Enfin, le surplus qui, lors de la vie commune, était de toute façon affecté aux besoins du ménage, doit être réparti entre les deux époux, à parts égales si la femme ne peut travailler, en plus grande partie au mari dans le cas contraire (49).

g) Enfin, lors de l'estimation du gain du mari, il doit être tenu compte des saisies de salaire opérées au profit des créanciers de ce dernier (50).

h) Au cas où les époux ne se seraient pas résignés à vivre séparés pour la durée du procès, le juge peut également être appelé à fixer la pension alimentaire destinée à la femme, notamment lorsque le mari refusera de subvenir de son propre gré à l'entretien de son épouse. En pareil cas, il y aura lieu d'examiner sous un autre angle la question de savoir si l'on peut exiger de la femme qu'elle se cherche une occupation rémunératrice, alors qu'elle s'occupe du ménage autant pour son mari que pour elle-même.

8. Le fait que le mari verse à sa femme, en vertu d'une ordonnance de mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs, une pension alimentaire, n'exclut nullement son obligation de verser, le cas échéant, des subsides supplémentaires pour couvrir les frais d'entretien extraordinaires de la femme (51). Ce principe devrait notamment être reconnu lorsque la femme tombe subitement malade, qu'elle est, de ce fait, privée de son gain et que les frais de médecin et de pharmacie souvent considérables doivent être prélevés sur sa pension. Il s'agit, en l'occurrence, non seulement d'un postulat de la morale, mais aussi d'une mesure tout à fait compatible avec les dispositions légales, en particulier avec l'art. 159 al. 3 Ccs qui prévoit que les époux se doivent l'un à l'autre fidélité et assistance.

9. Jusqu'à présent, il n'a été question que des subsides que le mari doit verser à sa femme pour la durée de l'instance en divorce ou en séparation de corps. C'est le cas le plus fréquent. Il convient toutefois de préciser que cette obligation peut incomber exceptionnellement à la femme si le mari est sans ressources, tandis qu'elle aurait un patrimoine ou des revenus personnels (52). Une telle obligation se laisse interpréter sans autre de l'art. 161 al. 2 Ccs.

En revanche, le droit d'entretien ne peut être revendiqué que par le conjoint. La jurisprudence (53) s'est refusée à accorder à l'assis-

(48) ZBJV 80/124. — (49) SJZ 37/154 n° 90. — (50) SJZ 27/27 n° 14.
— (51) Etter, p. 63. — (52) Rossel, p. 253. Etter, p. 62. — (53) ZBJV 75/228.

tance qui aurait octroyé des subsides à l'un des époux la faculté de faire valoir les droits de celui-ci envers son conjoint pour récupérer les sommes versées bénévolement, alors même que l'époux assisté aurait cédé ses droits à l'autorité en question. Le droit d'entretien étant un droit éminemment personnel, la cession en est exclue par la nature de la créance et doit être considérée, aux termes de l'art. 164 CO, comme nulle et non avenue (54).

10. Il y a lieu de rappeler encore une autre disposition du Code des obligations qui est applicable en l'espèce : il s'agit de l'art. 125 ch. 2 CO qui stipule notamment que les créances telles que des aliments nécessaires à l'entretien du débiteur ne peuvent être éteintes par compensation contre la volonté du créancier. Or, l'applicabilité de cette disposition à la pension alimentaire due en vertu de l'art. 145 Ccs ne fait aucun doute, le juge ne devant l'accorder qu'en cas de besoin effectif de la femme. La jurisprudence a par conséquent appliqué ce principe de façon constante en accordant au créancier la mainlevée sans que le mari débiteur puisse opposer en compensation les frais d'action que lui doit sa femme (55).

11. L'art. 145 Ccs ne prévoit pas de sûretés que le mari serait tenu de fournir en garantie de la pension alimentaire qu'il doit à sa femme. La loi d'application du Ccs pour le canton de Fribourg (56) a comblé cette lacune en disposant que lorsque le président décide qu'une pension devra être allouée à la femme, il en fixe le chiffre, le mode de paiement et, le cas échéant, il prescrit les garanties que le mari doit fournir. Une telle mesure serait certes indiquée dans bien des cas, mais on peut se demander à juste titre si elle est compatible avec le droit fédéral, le droit cantonal ne pouvant aller plus loin que le droit fédéral et créer des obligations inconnues à ce dernier. La question n'a pas été tranchée par les tribunaux. Personnellement, nous tendrions à l'admettre pour des raisons avant tout d'ordre pratique, le côté juridique de la question étant tout au moins sujet à différentes objections. Il est néanmoins avéré que ces sûretés ne peuvent consister en une hypothèque grevant, par ordre du juge, les biens-fonds du débiteur, une telle institution étant inconnue au droit suisse (57).

— :: —

(54) ZBJV 75/228. — (55) JT 1929 II 29 ; 1937 III 102. — (56) Art. 46 al. 3. — (57) SJZ 9/256 n° 221.

CHAPITRE SECOND :

LA GARDE DES ENFANTS.

§ 24. Introduction.

1. Nous avons déjà insisté, en d'autres circonstances, sur la nécessité des mesures provisoires concernant la garde des enfants. La statistique apprend, en effet, que pour le seul canton de Zurich, le nombre d'enfants touchés par le divorce de leurs parents se répartit comme suit :

pour l'année 1934 : 782 enfants mineurs sur 970 divorces prononcés;
pour l'année 1935 : 783 enfants mineurs sur 946 divorces prononcés;
pour l'année 1936 : 772 enfants mineurs sur 969 divorces prononcés;
pour l'année 1937 : 803 enfants mineurs sur 1002 divorces prononcés.

Environ la moitié des unions dissoutes par le divorce sont restées sans enfants, un quart ne compte qu'un seul enfant.

Pour toute la Suisse, le nombre d'enfants victimes du divorce de leurs parents atteignait en 1935 le chiffre de 2.700 et en 1937 2.876.

L'Office des œuvres sociales de Zurich a constaté que le 40 % des enfants confiés à ses soins étaient issus de parents divorcés par la suite.

Des chiffres pareils justifient pleinement et la compétence du juge des mesures provisoires pour intervenir d'office sans attendre une requête des parents (58) et sa liberté d'appréciation quant aux déclarations des parties en cause (59). Ils justifient également l'intervention de l'autorité tutélaire prévue dans quelques procédures cantonales (60). En France, par exemple, l'intérêt public se manifeste par l'intervention du procureur qui est appelé à prendre des conclusions quant à la garde en enfants ; en Allemagne, cette question est tranchée par un tribunal spécial (« Vormundschaftsgericht »).

2. Nous avons admis (61) que l'art. 156 Ccs est applicable aux mesures provisoires. Aux termes de cette disposition, le juge doit s'inspirer, avant tout, dans le choix des mesures à prendre, de l'intérêt des enfants (62) ; il a à tenir compte de tous les éléments d'appréciation de cet intérêt. Ceux-ci peuvent être le sexe, l'âge, le caractère de l'enfant, ses affinités avec l'un des parents, les fautes, les ressources des parents, mais aucun de ces éléments ne saurait lier de façon défi-

(58) SJZ 25/9 n° 1 ; 38/84 n° 31. JT 1932 III 40. — (59) SJZ 35/257. — (60) Voir § 41. — (61) Voir § 7. — (62) SJZ 35/257.

nitive le juge. D'une manière générale, la jurisprudence est d'avis que l'on n'a pas à tenir compte des vœux des enfants. Les tribunaux Zurichois (63) tendent toutefois à admettre l'opinion contraire, pour autant qu'elle n'implique pas des changements par trop fréquents, le but des mesures provisoires étant, pour ce qui est des enfants, le maintien du statu quo ; ils partent de l'idée que seul le jugement en divorce définitif est susceptible d'établir s'il existe des raisons impérieuses à ne pas prendre en considération les vœux des enfants.

§ 25. Compétences du juge.

Les mesures relatives aux enfants que le juge est appelé à prendre pour la durée du procès ne diffèrent nullement, dans leurs effets, de celles prises par le juge du divorce (64). Il convient toutefois d'examiner si les compétences données à ce dernier sont les mêmes que celles dont peut faire usage le juge des mesures provisoires.

1. Il s'agit de ne point perdre de vue le caractère purement provisoire des mesures à envisager. Celles-ci ne consisteront pas, en règle générale, à retirer à l'un des époux la puissance paternelle ; le juge se bornera simplement à désigner le lieu de résidence des enfants et à régler les questions touchant à leur entretien et à leur éducation. Néanmoins, les circonstances peuvent exiger, lors du prononcé des mesures provisoires déjà, le retrait de la puissance paternelle à l'un des époux ou à tous deux. Certes, une telle décision préjuge le jugement définitif, mais elle s'explique aisément par l'intérêt des enfants qui prime sur toute autre considération.

2. Le juge peut être, dès lors, conduit à empiéter à cette occasion sur le domaine des organes de tutelle ou d'autres autorités. Visant en premier lieu le cas, normal et usuel, des parents non divorcés, le législateur a donné, en principe, la compétence pour retirer la garde des enfants à l'autorité tutélaire. Lorsqu'il prononce le divorce des parents, le tribunal n'est toutefois point tenu de renvoyer, sur ce point, la cause à l'autorité tutélaire, s'il estime le placement de l'enfant indiqué. On doit admettre qu'en cas de divorce, le droit de faire usage de l'art. 284 Ccs passe à l'autorité judiciaire, par attraction de compétence. La solution la plus simple — puisqu'aussi bien l'art. 156 Ccs l'autorise — consiste dès lors à reconnaître au juge du divorce le droit de prendre les mesures visées à l'art. 284 Ccs lorsqu'elles lui apparaissent justifiées en fait (65).

La jurisprudence (66) a fait un pas de plus et a accordé au juge du divorce, à titre exceptionnel, la faculté d'enlever aux époux leurs prérogatives et d'appliquer lui-même l'art. 285 Ccs. Ce principe résulte d'ailleurs de l'art. 157 Ccs qui, lorsqu'il s'agit d'époux di-

(63) BIZüR 11 n° 102. — (64) SJZ 38/44 n° 11. — (65) ATF 53 II 191. — (66) ATF 54 II 73.

vorcés; enlève à l'autorité tutélaire et confère au tribunal le droit de désigner, s'il y a lieu, un tuteur à l'enfant dont le père ou la mère contracte un nouveau mariage (67).

3. En matière de mesures provisoires, il ne peut en être raisonnablement autrement. En effet, on ne pourrait concevoir que le juge confie la garde des enfants à un tiers ou qu'il omette de statuer sur l'attribution des enfants tout en disposant, par jugement exécutoire, du sort des enfants ; car sans l'attribution des enfants à l'un des époux ou sans le retrait de la puissance paternelle envers les deux, personne ne pourrait empêcher les parents de faire usage de leurs droits respectifs (68). D'aucuns (69) ont toutefois tenté d'admettre la possibilité d'une décision du juge ne concernant que la garde des enfants et ne constituant pas encore ipso jure un retrait de la puissance paternelle, celui-ci exigeant une mention expresse du juge. Les tribunaux lucernois (70) notamment ont appliqué ce principe en introduisant au dispositif de l'ordonnance de mesures provisoires une formule différente selon que le juge entend confier simplement la garde à l'un des époux ou retirer à l'autre la puissance paternelle. Une telle distinction n'est pas pertinente ; elle se justifierait si la garde des enfants à l'un des époux n'impliquait pas la déchéance de la puissance paternelle de l'autre, tout au moins pour la durée du procès en divorce ; car il ne faut pas oublier que l'ordonnance de mesures provisoires sera caduque de plein droit au moment du jugement définitif. Le Tribunal cantonal vaudois (71) a admis que la compétence du juge qui, par voie de mesures provisoires, règle les questions relatives à la garde ou à l'attribution des enfants l'emporte sur la compétence de l'autorité qui prend les mesures de surveillance des enfants, de privation de droit de garde ou de déchéance de la puissance paternelle (art. 283-285 Ccs). Cette dernière autorité, notamment l'autorité tutélaire, devra donc se dessaisir d'office en faveur de l'autorité judiciaire instituée pour l'application de l'art. 145 Ccs dès qu'un divorce est pendant. Cette jurisprudence mérite d'être approuvée (72) ; elle évite ainsi deux instructions successives. D'ailleurs les autorités administratives tenues de se dessaisir en faveur du juge des mesures provisoires ou du juge du divorce ont adopté ce point de vue sans difficulté (73). Elles aimeraient toutefois créer une certaine coordination en ce sens que l'autorité tutélaire ne saurait intervenir dès que le juge a déjà pris des mesures, et que celui-ci ne devrait, dans le cas contraire, ordonner de nouvelles mesures que lorsqu'elles sembleraient nécessaires et équitables à la fois (74). Une délégation des pouvoirs du juge à l'autorité tutélaire doit être considérée comme nulle (75). La seule compétence

(67) ATF 48 II 305. — (68) SJZ 38/44 n° 11. — (69) ZSR n.F. 48/77 a. Cf. également Gmür, n° 7 ad art. 145. Etter, p. 56. — (70) Circulaire de la Cour suprême aux tribunaux de district du 30 mars 1943. SJZ 40/25 n° 12. — (71) SJZ 38/84 n° 31. — (72) Avis contraire : Etter, p. 57. — (73) SJZ 24/85 n° 79 ; 20/323 n° 221. — (74) Egger, n° 2 d ad art. 157. — (75) SJZ 24/85 n° 79.

laissée à cette autorité est celle de prendre les mesures des art. 283 et 284 Ccs relatives à la protection de l'enfant et au retrait de la garde lorsque ces mesures sont demandées exclusivement. Si elles sont prises en relation avec la question de puissance paternelle, le seul juge statue (76) ; en outre, l'autorité tutélaire reste, il va de soi, seule compétente pour nommer le tuteur en cas de déchéance de la puissance paternelle (art. 285 al. 2 Ccs).

4. C'est à la lumière de ces considérations que l'on comprend enfin aisément pourquoi le juge doit, à l'égal de l'autorité prévue aux art. 283 à 285 Ccs, agir d'office pour l'application de l'art. 145 Ccs si l'intérêt des enfants l'exige, et pourquoi ses pouvoirs ne sont limités ni par les accords des époux conclus avant l'introduction de l'instance, ni par les propositions qu'ils lui présentent à l'audience ; le juge ne s'écartera cependant des vœux concordants des parents que pour ordonner telle mesure de protection qu'imposerait l'intérêt bien compris de l'enfant. Il conserve, en outre, la faculté de modifier, d'office et en tout temps durant la litispendance, les mesures qu'il a ordonnées pour en prendre d'autres, plus aptes à protéger les mineurs. En outre, on comprend pourquoi le juge des mesures provisoires jouit d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des mesures à prendre. Celles-ci consisteront notamment à attribuer les enfants à l'un des époux, le cas échéant à les répartir entre les parents, à retirer la puissance paternelle aux deux époux en instituant une tutelle, à hospitaliser les enfants dans un home ou à les confier à une famille.

5. L'attribution des enfants à l'un des époux peut être subordonnée à des conditions. La jurisprudence (77) a abordé la question de savoir dans quelle mesure de telles conditions étaient licites. Au regard des dispositions des art. 283 à 285 Ccs permettant à l'autorité tutélaire d'intervenir ou de provoquer une intervention au cas où les intérêts d'un enfant seraient menacés, on ne saurait imposer à l'époux auquel sont confiés les enfants des conditions par trop restrictives parce qu'incompatibles avec les droits que confère la puissance paternelle. Elles ne doivent, par conséquent, être admises que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque le juge aura des doutes sérieux quant à l'attribution de l'enfant à l'un des époux ou lorsque le caractère et les prédispositions de l'enfant l'exigent.

6. Le droit aux relations personnelles est assuré, pour la durée du procès en divorce, à celui des parents auquel les enfants ne sont pas confiés. Ce droit découle de l'application par analogie de l'art. 156 al. 3 Ccs applicable en cas de divorce ou de séparation de corps. Ainsi le juge sera appelé à régler, à titre provisoire, le droit de visite ; il pourra, à cet effet, choisir la solution qui lui paraîtra opportune. Néanmoins faut-il constater que le principe consistant à accorder le droit de visite tous les dimanches ou tous les deux dimanches à celui

(76) ZSR n.F. 48/78 a. — (77) SJZ 38/44 n° 11.

des parents auquel l'enfant n'est pas confié, n'a pas fait ses preuves. L'expérience démontre, en effet, que le droit de visite est le droit auquel les époux divorcés ou en instance de divorce tiennent le plus ; ils en feront, par conséquent, le plus large usage possible, ne serait-ce que pour soustraire l'enfant à l'influence de l'autre parent. De telle sorte qu'un droit de visite accordé trop fréquemment ne sera qu'une source de discorde entre parents dont l'enfant ne profitera guère ; au contraire, celui-ci sera bousculé tantôt vers sa mère, tantôt vers son père, et il devra, dans la plupart des cas, servir d'intermédiaire ou d'espion entre père et mère. Aussi les éducateurs (78) préconisent-ils un système qui tendrait à laisser durant un trimestre l'enfant chez l'époux auquel il est confié, puis à accorder un droit de visite d'une semaine entière à l'autre époux, au lieu de prévoir une réglementation d'heure en heure.

Si l'on peut craindre qu'un conjoint ne se serve de son droit aux relations personnelles pour enlever l'enfant, il n'est pas possible d'imposer le paiement d'une garantie (79). C'est par le règlement même des modalités du droit de visite qu'on évitera le danger, en prescrivant notamment que le droit ne pourra s'exercer qu'au domicile de l'enfant (80).

Enfin, il convient de préciser que le droit de visite n'échoit qu'aux parents, que les grands-parents ne sauraient le revendiquer, quel que soit leur intérêt, quand bien même ils contribueraient financièrement à l'entretien de leurs petits-enfants (81).

§ 26. L'entretien des enfants.

Il est clair que le devoir imposé aux époux à l'art. 159 al. 2 Ccs subsiste malgré l'introduction d'une action en divorce. Ce devoir est repris par l'art. 156 al. 2 Ccs aux termes duquel celui des parents auquel les enfants ne sont pas confiés est tenu de contribuer, selon ses facultés, aux frais de leur entretien et de leur éducation. L'époux qui a la garde des enfants ne peut renoncer, au nom de ses enfants, à revendiquer une pension alimentaire (82). D'autre part, l'époux débiteur d'aliments ne peut se soustraire à son obligation en gardant illicitement les enfants chez lui (83). En outre, la pension alimentaire pour les enfants ne participe pas à la rétroaction prévue pour les subsides alloués à la femme (84). Cette circonstance s'explique par la faculté, voire même le devoir qu'a le juge d'intervenir d'office et de prendre les mesures dictées par l'intérêt des enfants. Le risque n'est d'ailleurs pas si considérable que les parents oublient leurs devoirs envers les enfants du seul fait de l'introduction d'une demande en divor-

(78) SJZ 35/257. — (79) ZSR n.F. 48/78 a. — (80) ATF 54 II 238. — (81) SJZ 38/44 n° 11. — (82) SJZ 19/102 n° 75. BîZür 22 n° 143. Avis contraire : SJZ 24/377. — (83) SJZ 26/200 n° 142. — (84) Voir § 23 ch. 2. ATF 55 II 161 (contrairement à ce qui avait été admis dans ATF 52 II 330).

ce ; ce risque n'est pas plus grand qu'en temps normaux. Là où toutefois l'autorité tutélaire aura déjà dû intervenir en faveur des enfants avant l'instance en divorce, le juge sera bien avisé de ne pas tarder à intervenir. Pour le cas où les parents ne formuleraient aucune requête de mesures provisoires et où le juge omettrait exceptionnellement de prendre des mesures concernant les enfants, ceux-ci ne sauraient faire valoir leur droit à l'entretien en présentant eux-mêmes une demande de mesures provisoires, attendu qu'ils ne sont point partie en cause. La jurisprudence (85) a comblé cette lacune en conférant aux enfants une action basée sur l'art. 272 al. 1 Ccs qui dispose que les père et mère supportent les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant. A cet effet, l'autorité tutélaire nommera au besoin un curateur qui sera chargé d'actionner les parents en paiement d'une pension alimentaire, conformément aux art. 283 et 392 Ccs. Cette autorité ne peut, en revanche, de son propre chef, imposer valablement aux parents une obligation de verser des subsides à leurs enfants. La seule question que pose cette solution créée par la jurisprudence consiste à savoir si une telle revendication appartient au droit civil ou au droit public, c'est-à-dire si elle doit être portée devant les tribunaux civils ou devant une autorité administrative. Les opinions sont partagées à ce sujet : d'aucuns voudraient entrevoir dans ce droit des enfants une obligation ex lege incessible, à laquelle les ayants-droit ne peuvent renoncer — caractéristique du droit public (86) —, tandis que d'autres, s'inspirant de la jurisprudence du Tribunal fédéral (87), déclarent que toutes les contestations relatives au droit de la famille sont du ressort du droit privé et doivent, par conséquent, être portées devant les tribunaux civils (88).

La fixation de la contribution des parents aux frais d'entretien et d'éducation de leurs enfants incombe donc au juge, que ce soit pour la durée du procès en divorce ou après celui-ci. Il n'appartient aussi qu'à lui d'en modifier le montant. Si le conjoint auquel sont confiés les enfants n'arrive pas à nouer les deux bouts, les autorités administratives ne sont pas appelées à imposer une contribution supérieure en vertu des dispositions sur l'assistance (89). Si la pension est insuffisante, l'autorité tutélaire est compétente pour agir en vertu de l'art. 157 Ccs ou des dispositions de droit cantonal qui lui confèrent des droits analogues en procédure de mesures provisoires.

(85) ZBJV 53/186 ; 75/228. — (86) ZBJV 73/52 basé sur Egger, n° 1 a ad art. 272. ZBJV 74/41. — (87) ATF 58 II 442 ; 42 II 537 ; 41 III 411 ; 42 I 46. — (88) ZBJV 75/228. — (89) ZSR n.F. 48/78 a.

CHAPITRE TROISIÈME :

LES INTÉRÊTS PÉCUNIAIRES DES ÉPOUX.

§ 27. L'avance de frais (provisio ad litem).

1. Dès l'entrée en vigueur du Code civil suisse, les cantons se sont répartis en deux groupes bien distincts quant à savoir s'il y avait lieu d'accorder, sous le régime de la nouvelle loi, une avance de frais de procès, à titre de mesure provisoire, à la partie qui en ferait la demande.

a) D'un côté, il y avait les adeptes de la théorie préconisant l'avance de frais auxquels appartenaient notamment les tribunaux argoviens. Ils déclaraient que le législateur a prévu à l'art. 145 Ccs toutes les mesures provisoires nécessitant une réglementation, et qu'il y a énuméré quelques cas à titre d'exemple. Or, rien ne s'oppose à ce que le juge ordonne également d'autres mesures qui ne sont pas prévues expressément à l'art. 145 Ccs, en particulier une avance de frais que le mari aurait à fournir à sa femme, soit sous forme d'une pension alimentaire majorée, soit sous forme d'une somme globale versée de ce chef (90).

Cette théorie était basée sur l'art. 160 al. 2 Ccs aux termes duquel le mari doit pourvoir convenablement à l'entretien de sa femme, et impliquait que les frais de procès font partie de l'entretien. Elle s'inspirait entre autre de l'idée que la femme ne doit pas être plus mal lotie durant le procès en divorce que pendant la durée de l'union conjugale. Poussée ad absurdum, cette théorie autorisait la femme à requérir une avance de frais, sans se coucier de la situation financière du mari et sans introduire au préalable les démarches nécessaires pour l'octroi de l'assistance judiciaire. Le fait que le mari avait été dispensé de l'obligation d'entretien en raison de sa situation constituait un motif de plus à ce qu'il soit astreint à faire à sa femme au moins une avance (91). Même lorsqu'il était lui-même au bénéfice de l'assistance judiciaire, il était tenu de cette obligation. La largesse dont faisaient preuve les tribunaux argoviens à l'égard de la femme les a même conduits à tenir compte, dans la fixation du montant de l'avance, des frais occasionnés par des actions pénales que la femme avait introduites contre son mari pendant le procès en divorce, obtenant ainsi la suspension de ce dernier ; ils s'appuyaient, à cet effet, sur le fait que, de toutes façons, c'est-à-dire même si le juge pénal adjugeait à la femme ses conclusions civiles ou ses dépens, celle-ci ne saurait procéder au

(90) SJZ 9/241 n° 207. — (91) SJZ 26/117 n° 78.

recouvrement de ses créances contre son mari par voie de poursuite, l'art. 173 Ccs s'y opposant (92).

b) Dans l'autre groupe figuraient notamment les tribunaux zurichois. Ceux-ci niaient catégoriquement l'existence d'une obligation du mari consistant à fournir à sa femme une avance de frais de procès. Ils parlaient de l'idée que tant le droit matériel que la procédure ne prévoient une telle obligation. En aucun cas, elle ne saurait être déduite de l'art. 160 Ccs, les frais de procès ne pouvant être considérés comme frais d'entretien à l'égal des frais de logement, d'hébergement, de nourriture, de médecin, etc. Le mari n'étant pas tenu, aux termes du Code civil, de supporter intégralement les frais du procès en divorce, à plus forte raison ne peut-on l'astreindre à en faire l'avance à sa femme avant qu'ils soient payés. Si le législateur avait réellement voulu créer une telle obligation, il aurait dû, du fait qu'elle n'est nullement usuelle, la prévoir expressément soit au Code civil, soit au code de procédure (93). La femme qui n'est pas en état, de par ses propres moyens, de supporter les frais occasionnés par une procédure de divorce, doit, au sens de cette jurisprudence, revendiquer l'assistance judiciaire. Si elle bénéficie d'une pension alimentaire, elle n'a qu'à en disposer de telle sorte qu'il lui en reste une partie pour couvrir ses frais de procès.

2. A côté de ces deux opinions extrêmes, on trouvait, tant en doctrine qu'en jurisprudence, une opinion plus modérée. Ainsi Rosset (94) émet l'hypothèse que, le code ne parlant pas des frais de procès, la femme pourrait sans doute demander que ceux-ci lui fussent avancés si elle ne pouvait, par ses propres moyens, poursuivre l'action ou y résister. Gmür (95) prévoit également l'avance de frais en tant que mesure provisoire. Les tribunaux bernois (96) enfin s'accordaient à admettre que l'on doit ranger parmi les mesures prévues à l'art. 145 Ccs l'ordre donné au mari demandeur ou défendeur au divorce de fournir à son épouse les avances nécessaires pour mener le procès dès que celle-ci n'a pas les ressources pour défendre ses droits.

3. La jurisprudence adoptée par les tribunaux argoviens se justifie, en quelque sorte, au regard de l'ancien droit cantonal régissant la matière. La loi fédérale sur l'état civil et le mariage n'édicte que quelques dispositions de principe, il était de ce fait loisible aux cantons de prescrire dans leur législation la façon dont ces principes devaient être réalisés. Ainsi, le Code civil argovien (97) et le Code civil bernois (98) préoyaient que le mari était tenu d'avancer à sa femme les frais de procès. Le premier assimilait ces frais aux frais d'entretien, tandis que la disposition du second s'expliquait par le régime matrimonial de l'union de biens qu'il instituait d'autre part et qui attri-

(92) SJZ 36/32 n° 5. — (93) SJZ 13/15 n° 1. — (94) p. 253. — (95) Ad art. 145, II ch. 5. — (96) ZBJV 55/238. — (97) § 140. — (98) Satzung 131.

buaît au mari les apports de la femme en propriété. Or, il n'est pas étonnant que les tribunaux de ces cantons aient été tentés d'appliquer, sous le régime du Code civil, les mêmes principes que par le passé. Les tribunaux bernois ne les ont toutefois pas repris sans les adapter aux circonstances nouvelles.

4. Certains cantons ont, après l'entrée en vigueur du Code civil, prévenu les doutes qui pourraient surgir concernant l'obligation du mari de fournir à sa femme une provision *ad litem* en consacrant cette obligation dans la législation cantonale. Il en est ainsi des cantons de Neuchâtel (99) et de Berne (100) qui, sans se prononcer sur le caractère d'une telle mesure, assurent une avance de frais à la femme qui en fait la requête.

5. On peut se demander, dès lors, quelle peut être la nature juridique de l'avance de frais de procès. Si elle appartient au droit matériel, elle ne peut être imposée que si le Code civil l'admet. Par contre, si elle touche à la procédure, le mari ne peut être astreint à fournir que si les lois cantonales applicables dans le cas particulier prévoient une telle obligation ; or, comme les procédures cantonales diffèrent sensiblement les unes des autres, on serait loin de l'unité préconisée par le Code civil. Cette dernière considération suffirait à elle seule pour faire pencher la balance en faveur du droit matériel, l'unification étant particulièrement désirable en matière de divorce, notamment en matière de mesures provisoires qui — il convient de l'ajouter — ne sont pas susceptibles d'être revues par la plus haute juridiction fédérale. Cependant, les avis sont partagés également sur ce point-là. Les uns prétendent que la question de la provision est une pure question de procédure, relevant du seul droit cantonal (101), tandis que d'autres (102) y voient une question d'ordre matériel impliquant nécessairement que seul le droit fédéral doit être déterminant. Certes, la question ne peut pas être tranchée nettement dans un sens ou dans l'autre (103), toutefois force nous est d'admettre que l'obligation en elle-même, pour autant qu'elle existe, ne peut découler, vu sa nature particulière et ses relations étroites avec les dispositions sur le divorce, que du droit matériel. Cette opinion est d'autant plus justifiée que les droits conférés par le droit matériel ne sauraient être restreints par la procédure cantonale, — par rapport à la question qui nous occupe, — en ce sens que la réalisation des droits que le Code civil entend accorder à la femme ne saurait être entièrement abandonnée aux cantons. Or, l'avance de frais de procès sert incontestablement à cette réalisation.

6. Le Tribunal fédéral a, dans un arrêt de principe (104) du 10 mai 1940, coupé court à la discussion engagée à ce sujet en pro-

(99) CPC art. 94 lit. d. — (100) CPC art. 299. — (101) SJZ 30/108 n° 19. — (102) SJZ 22/16 ; 37/296 n° 189. Etter, p. 85. — (103) SJZ 37/167. — (104) ATF 66 II 71.

clament que l'obligation du mari de fournir à sa femme une provision ad litem est une obligation de droit fédéral. Elle découle, en effet, de son devoir d'assistance et d'entretien sanctionné aux art. 159 al. 3 et 160 al. 2 Ccs. On avait tenté précédemment de faire découler cette obligation de l'art. 145 Ccs lui-même (105) ou du seul art. 160 al. 2 Ccs (106) ; cette solution n'est toutefois guère satisfaisante, et c'est donner à l'art. 145 Ccs une interprétation par trop extensive que de faire entrer dans la notion d'entretien les frais que la femme fait pour actionner son mari. Aussi l'opinion du Tribunal fédéral doit-elle être approuvée. En outre, le renvoi aux art. 200 et 201 Ccs opéré par la Cour suprême de Zurich (SJZ 29/153/26) n'est pas pertinent non plus.

7. Le Tribunal fédéral ne détermine toutefois pas les conditions auxquelles cette obligation est subordonnée. Les solutions les plus diverses se trouvent représentées en jurisprudence.

a) La première condition — reconnue généralement partout — réside, du côté de la femme, dans l'absence de ressources lui permettant de mener le procès ou de résister à l'action que lui intente son mari (107). Il y a indigence dans le sens de cette jurisprudence non seulement lorsque la femme ne possède aucun bien, mais encore si, momentanément, elle n'a pas de disponibilités et n'est pas en état de s'en procurer à bref délai.

b) Le régime matrimonial adopté par les époux peut jouer un rôle en ce sens que, selon le régime en vigueur, il se peut que la femme actionnée en divorce n'aura aucune ressource pour défendre ses droits. Ce sera non seulement le cas sous le régime matrimonial de l'ancien droit bernois où le mari devient propriétaire des apports de la femme, mais c'est généralement le cas sous le régime de l'union de biens. Sous ce régime, le mari administre, en effet, les biens matrimoniaux et il a la jouissance des apports de la femme. Il devient même propriétaire de l'argent, des biens fongibles et des titres au porteur que la femme apporte en mariage. La femme ne pourrait donc disposer de ses apports pour défendre ses droits, et si elle n'avait pas de biens réservés, elle se trouverait sans ressources pour résister à l'action en divorce que lui intente son mari.

Ce cas doit toutefois être assimilé à celui mentionné sous a), la cause de l'absence de ressources étant sans importance. Par contre, on a tenté de déterminer l'obligation du mari à fournir une provision en établissant la règle suivante : l'avance de frais ne doit pas être prélevée sur la fortune du mari ni sur son gain journalier, mais sur la part de liquidation qui reviendra à sa femme au moment de la dissolution du régime matrimonial. Il en résultera comme conséquences : que l'obligation du mari de faire une avance de frais entraîne une séparation de biens partielle et anticipée ordonnée à titre de mesure provisoire en

(105) SJZ 30/108 n° 19 ; 30/106 n° 17. — (106) SJZ 9/241 n° 207 ; 36/32 n° 5 ; 37/167. ZBJV 67/71. Etter, p. 89. — (107) ZBJV 73/633. Rossel, p. 253.

application de l'art. 145 Ccs; que le mari n'est tenu de cette obligation que si les époux vivent sous le régime de l'union de biens ou de la communauté, mais non s'ils sont séparés de biens; qu'enfin le mari peut se soustraire à cette obligation en prouvant qu'il ne détient pas de biens matrimoniaux (108).

La femme n'a toutefois pas seulement une créance envers son mari lorsqu'elle peut revendiquer la restitution de ses apports, mais aussi en vertu du régime matrimonial qui lui attribue, à la liquidation, une part du bénéfice réalisé par l'union conjugale. Le Tribunal de Vevey (109) en a tiré la conclusion en admettant que l'obligation pour le mari de verser une provision *ad litem* existe lorsque cette dernière a droit à une part de ce bénéfice. A cet effet, il n'exige pas de preuves strictes, parce que s'agissant, en l'espèce, de mesures provisoires; il suffit que la femme rende vraisemblable que le bénéfice s'élève, sous le régime de l'union de biens, au triple de ce qu'elle réclame.

Cette solution n'est pas loin de présenter de sérieux dangers. Si, dans le jugement au fond, le tribunal n'admet pas qu'il y ait eu bénéfice de l'union conjugale, le mari n'aura souvent qu'un droit de créance théorique en répétition. D'autre part, on peut craindre qu'il suffise à une femme insolvable de prétendre à un bénéfice pour que le juge oblige le mari à des avances. En d'autres termes, en admettant l'obligation de la provision *ad litem* même en l'absence de biens de la femme, il semble difficile de prétendre qu'il s'agisse toujours d'une mesure provisoire.

Enfin, la Cour suprême du canton de Zurich (110) a admis, après avoir modifié sa jurisprudence à deux reprises, que les principes appliqués jusqu'alors et consistant à ne prévoir l'obligation du mari que lorsque la femme aura fait des apports, ne deviennent pas caducs sous l'influence de la nouvelle jurisprudence tendant à accorder l'avance en vertu de l'art. 159 al. 3 Ccs. Au contraire, la femme pourra, comme par le passé, revendiquer une provision *ad litem* en invoquant les créances qu'elle a acquises envers son mari en vertu du régime matrimonial, et aura, de ce fait, au procès, une position plus solide que la femme réduite à se prévaloir de son droit d'assistance prévu à l'art. 159 Ccs.

c) La jurisprudence (111) est unanime à admettre que le seul fait d'une disproportion existant entre les fortunes de chacun des époux suffit à obliger le mari à avancer à sa femme les frais de procès en divorce. En effet, il ne convient pas que l'épouse pauvre d'un conjoint dans l'aisance soit tenue de recourir à l'assistance judiciaire pour sauvegarder ses intérêts dans une action en divorce. Cette question touche au cœur du problème, et il y a lieu de poser en principe que le mari ne peut être tenu de fournir une provision *ad litem* à sa femme que pour autant qu'il dispose des moyens nécessaires à cet effet, soit

(108) SJZ 22/52; 29/153 n° 26. — (109) SJZ 30/108 n° 19. — (110) SJZ 38/282 n° 125. — (111) SJZ 30/108 n° 19. ZBJV 55/238.

qu'il ait des revenus suffisants, soit que sa fortune permette un tel prélèvement. Il est contraire à la ratio legis de l'art. 159 Ccs de prélever l'avance de frais due par le mari sur la part de liquidation qui reviendra à sa femme au moment de la dissolution du régime matrimonial, car il serait difficile de prétendre qu'il s'agirait encore d'assistance. En outre, le régime matrimonial adopté par les époux ne doit en rien influencer sur l'obligation du mari de faire une avance de frais à sa femme, le droit d'assistance et d'entretien duquel découle cette obligation ne faisant aucune distinction pour les différents régimes matrimoniaux possibles, s'agissant en l'occurrence d'un effet général engendré par le mariage en tant qu'institution d'ordre avant tout moral. Les deux seules conditions auxquelles est subordonnée l'obligation du mari de fournir une avance de frais de procès sont, d'une part, un besoin de la femme et, d'autre part, les ressources nécessaires du côté du mari.

d) Cette restriction apportée à la jurisprudence rappelée plus haut et tendant à n'accorder la provision que sous certaines conditions bien déterminées, soit en fonction du régime matrimonial (112), soit en fonction de l'innocence de la femme (113) ou de son autorisation à vivre séparée (114), cette restriction, donc, implique une délimitation de l'obligation du mari par rapport à l'assistance judiciaire accordée à la femme. En effet, il convient de décider que la femme ne saurait réclamer une provision ad litem du moment qu'elle est au bénéfice de l'assistance judiciaire (115). Il en est de même lorsque le mari a revendiqué lui-même l'assistance gratuite et qu'il aura été fait droit à sa demande. En revanche, on ne saurait exiger que la femme doive recourir à l'assistance si le mari est dans l'aisance. Ce principe se justifie au regard de la règle qui veut que les procès entre les membres d'une même famille ne mettent pas à contribution outre mesure les fonds publics (116). Contrairement à la jurisprudence des tribunaux argoviens (117), la femme doit donc être en droit d'admettre que son mari dispose de suffisamment de biens — sans qu'une avance de frais éventuelle ne le restreigne dans ses conditions de vie — avant d'envisager une requête de provision ad litem ; et le juge n'accordera une telle provision qu'après s'être assuré que l'état de fortune du mari la justifie, examen qui nécessitera certes une brève instruction. Le cas échéant, le juge devra également apprécier si l'on peut réellement, dans les circonstances données, exiger de la femme qu'elle requière l'assistance judiciaire; une telle appréciation sera d'autant plus indiquée lorsque la situation financière du mari ne permettra pas de déterminer avec certitude s'il y a lieu d'ordonner une avance de frais ou non. Si le juge admet, en pareil cas, qu'il n'y a aucune objection d'ordre social ou économique à ce que la femme demande l'assistance judiciaire, il devra faire abstraction d'une avance de frais; dans le cas contrai-

(112) Voir n° 107 à 111. — (113) SJZ 26/117 n° 77. — (114) SJZ 26/117 n° 77. — (115) SJZ 9/241 n° 207 ; 38/314 n° 146. — (116) SJZ 37/167. — (117) SJZ 22/16.

re, il obligera le mari à fournir une telle avance. On ne peut, toutefois, établir une règle générale et stricte permettant de définir dans quels cas l'on peut exiger de la femme qu'elle recoure à l'assistance judiciaire, tout critère de ce genre devant nécessairement entrer dans des considérations de détail qui en feraient perdre de vue la portée générale; le juge s'en tiendra aux circonstances de chaque cas particulier. Nous nous abstiendrons cependant de procéder ici à une telle casuistique. Le devoir du juge consistera avant tout à faire en sorte que la femme ne subisse aucun préjudice dans la poursuite de ses droits, et il suffira à sa tâche soit en accordant à la femme l'avance de frais demandée, soit en la mettant au bénéfice de l'assistance judiciaire. Du point de vue de l'art. 145 Ccs, en revanche, l'interdépendance existant entre l'avance de frais et l'assistance judiciaire importe peu, pourvu que les intérêts de la femme soient sauvegardés.

Une seule exception aux principes énoncés plus haut s'impose toutefois en ce sens que le fait d'avoir obtenu le bénéfice de l'assistance judiciaire dans le but d'introduire, en qualité de demanderesse, une action en divorce, ne s'oppose pas à ce qu'il soit fait droit à une requête de l'épouse tendant à faire payer l'avance de frais de procès à son époux lorsque ce dernier — sans attendre que la demande de l'épouse soit déposée — intente lui-même une action en divorce en se faisant assister d'un avocat qu'il a mandaté à cet effet et qu'il rétribue (118).

e) Enfin, il convient de citer parmi les conditions de l'obligation du mari de faire à sa femme une avance un élément purement formel : une requête expresse émanant de la femme. Or, si celle-ci ne manifeste pas expressément son désir d'obtenir une avance en présentant une requête en bonne et due forme, il existe une présomption de sa renonciation. Contrairement à ce qui vaut en particulier pour la pension alimentaire, une demande de provision *ad litem* ne peut pas être formée en tout état de cause, et le juge ne saurait l'ordonner d'office (119). Il appartient uniquement à la femme de prendre ses précautions en conséquence.

8. Le fait qu'il n'a été question, jusqu'ici, que de l'obligation du mari ne suppose pas que seul celui-ci peut être tenu d'une telle obligation. En effet, la femme est également soumise au devoir d'assistance prévu à l'art. 159 al. 3 Ccs. Or, si la jurisprudence du Tribunal fédéral fait découler, pour le surplus, l'obligation de faire une avance, en ce qui concerne le mari, de l'art. 160 al. 2 Ccs, il est incontestable que cette déduction peut être faite, pour la femme, de l'art. 161 al. 2 Ccs qui, en stipulant que celle-ci doit, dans la mesure de ses forces, aide en vue de la prospérité commune, implique certainement pour elle des obligations financières indépendantes du régime matrimonial adopté par les époux (120), ceci en raison du carac-

(118) ZBJV 80/87. — (119) Etter, p. 95. — (120) Contrairement à ce qui est admis dans SJZ 37/313 n° 198.

tere moral de l'union conjugale et à plus forte raison lorsque le mari est, sans qu'une faute lui soit imputable, sans ressource aucune, notamment lorsqu'il est malade, infirme ou victime de conditions sociales défavorables. La jurisprudence (121) s'est ralliée à cette opinion.

L'obligation de la femme est toutefois subordonnée aux mêmes conditions que celle du mari, en particulier faut-il que l'épouse se trouve dans l'aisance, que, le cas échéant, on puisse admettre de sa part une telle avance, et que l'on ne puisse exiger du mari qu'il recoure à l'assistance judiciaire (122). Le régime matrimonial en vigueur ne joue aucun rôle. Par contre on ne saurait se rallier à l'opinion de la Cour suprême argovienne qui voudrait que la femme obtienne, en compensation de sa prestation, une créance à faire valoir sur le règlement futur des intérêts civils des époux.

9. L'avance de frais de procès — le terme le dit lui-même — n'est effectuée qu'à titre d'avance, en ce sens qu'elle ne saurait être acquise définitivement à celui qui en bénéficie. Le Tribunal fédéral (123) a bien spécifié que si, d'une part, l'obligation de fournir une provision *ad litem* doit être considérée comme une obligation de droit fédéral, celui-ci ne prévoit pas, d'autre part, que tous les frais de procès occasionnés à la femme doivent être supportés par le mari. Le but de l'avance, en tant que mesure provisoire, est atteint dès le moment où l'épouse a été, de ce fait, mise en état de sauvegarder ses droits dans la procédure en divorce. Si, en revanche, elle doit, par la suite, restituer cette avance, les droits que lui confère le Code civil n'en deviennent pas illusoires. Et il est incontestable que la femme peut être condamnée, au jugement définitif, à tous les frais de procès, même à ceux du mari, et ce en vertu du droit cantonal applicable. Or, on ne voit pas la raison pour laquelle l'avance qui lui a été versée ne serait pas comprise dans ces frais. Si la femme peut être tenue de payer, le cas échéant, les frais d'avocat de son mari, à plus forte raison devrait-elle supporter les siens en restituant l'avance dont elle a bénéficié. Rien ne s'oppose donc, du point de vue du droit fédéral, à ce que la femme doive restituer la provision *ad litem* qui lui a été accordée, la liquidation définitive des frais incombant au prononcé sur les frais dans le cadre du droit cantonal. Cette considération ne doit toutefois pas influencer le juge saisi d'une demande d'avance de frais, notamment si la restitution, par la femme, est d'emblée problématique, en raison de sa situation financière.

Cette jurisprudence s'est également implantée dans les cantons (124). Elle implique que l'avance de frais ne saurait être prélevée sur la part de liquidation qui reviendra à la femme au moment de la dissolution du régime matrimonial, c'est-à-dire qu'elle ne doit être versée à titre d'avance à valoir sur le règlement futur des intérêts civils des époux. En ce sens, cette jurisprudence implique aussi que l'a-

(121) SJZ 33/349 n° 68 ; 38/282 n° 125. Cf. également Gmür, n° 18 ad art. 159 et n° 12 ad art. 161. — (122) SJZ 33/349 n° 68. — (123) ATF 66 II 71. — (124) SJZ 37/167 ; 37/296 n° 189. Contra : SJZ 33/349 n° 68.

vance de frais est une institution de la procédure, quand bien même elle trouverait sa justification dans le droit matériel.

10. Quant à la fixation du montant, il convient de préciser qu'elle est laissée à la libre appréciation du juge (125). Cependant, l'avance ne doit être déterminée qu'en fonction des frais occasionnés par l'instance en cours (126), et la demande doit être renouvelée dès que la cause est portée devant une juridiction supérieure. La somme fixée devra tenir compte des frais judiciaires et extra-judiciaires (Neuchâtel, CPC art. 94 lit. d), notamment de l'envergure et de la durée probable du procès, des difficultés auxquelles peut donner lieu la cause et des honoraires présumés de l'avocat. Par contre, les frais provoqués par des actions pénales que l'épouse introduirait contre son mari durant la procédure en divorce ainsi que d'autres incidents de procédure tendant manifestement à tirer le procès en longueur, ne doivent en aucun cas être pris en considération.

11. Il reste à examiner, en dernier lieu, les effets de l'omission de fournir. Rossel (127) prévoyait déjà que la femme ne serait pas obligée de plaider, comme défenderesse, tant que son mari n'aurait pas exécuté les mesures provisoires prises en sa faveur par le juge. La Cour suprême du canton de Zurich (128) s'est refusée, tout d'abord, à admettre une sanction, quelle qu'elle soit, vis-à-vis du mari qui ne fournirait pas la provision à laquelle il aurait été condamné, renvoyant la femme, en pareil cas, à l'assistance judiciaire. Par la suite (129), cette même Cour a admis la suspension du procès jusqu'à paiement de l'avance par le mari. Mais, dans les deux cas, elle s'est opposée à faire encourir au mari le risque de voir son action déclarée irrecevable aussi longtemps qu'il ne se serait acquitté de sa dette ; elle argumente que l'avance de frais de procès, aux termes de l'art. 145 Ccs, n'est pas une sûreté pour les dépens au sens de la procédure cantonale (130), que la commination en cas d'omission de fournir ne saurait, de ce fait, être identique.

Les tribunaux bernois (131) se sont également prononcés pour la suspension. Ils ont admis que la femme ne saurait être tenue de produire sa défense jusqu'à ce que le mari demandeur en divorce ait exécuté entièrement l'ordre du juge lui enjoignant de fournir à sa femme une certaine somme à titre d'avance de frais de procès. Cette solution n'est guère judicieuse. Elle a, en effet, pour résultat qu'il sera loisible aux parties de faire durer le procès aussi longtemps qu'il leur conviendra, le mari en ne payant pas, la femme en n'exigeant pas le paiement pour autant qu'elle n'ait aucun intérêt à la poursuite du procès. Or, une telle façon d'agir est incompatible avec le rôle que la plupart des procédures cantonales (132) assigne au juge en lui confiant la conduite du procès et la tâche de vider dans le plus bref délai les

(125) SJZ 36/32 n° 5. — (126) Etter, p. 94. — (127) p. 253. — (128) SJZ 13/15 n° 1. — (129) SJZ 29/153 n° 26. — (130) CPC zurichois § 59. — (131) ZBJV 26/186 ; 55/238. — (132) Zurich, CPC § 97. Berne, CPC art. 89.

causes dont il est saisi. En procédure de divorce, ce besoin de célérité est encore plus prononcé que dans les autres procédures. Pour ces raisons, on est arrivé à cette solution (133) que le juge devait impartir au mari un délai péremptoire pour payer sa dette ; après l'échéance de ce délai, l'irrecevabilité de la demande pouvait être prononcée. Mais cette solution offre ce désavantage qu'en cas d'insolvabilité du mari, celui-ci serait déchu de son droit d'intenter à sa femme une action en divorce ; aussi a-t-on atténué ce principe en prévoyant que le mari doit, dans le délai qui lui sera imparti, soit effectuer le paiement, soit rapporter la preuve formelle de son insolvabilité, à défaut de quoi il serait déclaré irrecevable à ouvrir action. Dans un cas pareil, le mari sera toutefois tenté de fournir la preuve de son indigence par tous les moyens. Ainsi, le sort du procès dépendrait uniquement de l'appréciation de cette preuve par le juge ; or, une telle subordination ne peut guère être prêtée au législateur.

La solution la plus satisfaisante nous paraît être celle adoptée par les tribunaux bernois, malgré les défauts qu'elle peut comporter. Certes, il sera ainsi loisible aux parties de déterminer elles-mêmes la durée du procès en divorce ; mais, s'agissant d'un droit éminemment personnel, il faut leur reconnaître cette faculté et reléguer l'intérêt public, du moins pour cette circonstance, au second plan. En effet, si la femme pouvait procéder au recouvrement de sa créance par voie de poursuite, c'est-à-dire si l'art. 173 Ccs ne s'y opposait pas, cette solution se justifierait pleinement. Toutefois cette question sera traitée dans la dernière partie de ce travail.

§ 28. Les autres mesures prévues par le Code civil.

Ces mesures peuvent être très diverses pourvu qu'elles soient, comme nous l'avons exposé précédemment (134), à la fois nécessaires et conformes au Code civil.

1. Une des premières mesures qui s'imposera dans la plupart des cas sera la séparation de biens, pour autant que les époux n'aient pas déjà adopté ce régime par contrat de mariage avant l'introduction de la demande en divorce. Cette mesure ne se justifie pas seulement lorsque la femme a fait des apports et qu'elle a, de ce fait, une créance envers son mari, mais aussi par rapport aux biens que la femme pourrait acquérir en propre jusqu'au moment du prononcé en divorce. En effet, le régime matrimonial existant entre époux déploie ses effets jusqu'au jugement définitif, en admettant que celui-ci prononce le divorce, de sorte que l'argent et les autres biens fongibles qui échoient, durant la litispendance, à la femme vivant sous le régime de l'union de biens — régime qui est aussi le plus fréquent — deviendraient la propriété du mari qui, il est vrai, serait débiteur de leur va-

(133) SJZ 30/106 n° 17. — (134) Voir § 10.

leur, mais pourrait largement en profiter et bénéficier des fruits naturels et civils qu'ils produisent, privant ainsi la femme de son unique ressource.

On peut se demander en vertu de quelles dispositions légales le juge peut, à titre de mesure provisoire, ordonner la séparation de biens. Le Code civil prévoit certes aux art. 183 et 184 Ccs la séparation de biens judiciaire, mais encore faut-il que les conditions qui y sont requises soient remplies. Celles-ci ne seront données, lors de l'ouverture d'une action en divorce, que dans la minorité des cas. Or, on ne saurait exiger que le juge doive attendre leur réalisation, du moment qu'il y a péril en la demeure. Les dispositions des art. 183 et 184 Ccs ne visent que le cas où l'union conjugale doit être maintenue, tandis que l'action en divorce tend précisément à sa dissolution. La jurisprudence (135) a admis, en conséquence, que le juge des mesures provisoires peut prononcer la séparation de biens en vertu du seul art. 145 Ccs. Ainsi, il peut en apprécier librement la nécessité, cependant il doit l'apprécier en fonction des circonstances créées par l'instance de divorce et de la durée de celle-ci. Une telle interprétation est certes compatible avec la ratio legis de l'art. 145 Ccs et ne dépasse nullement les bornes d'une interprétation normale, attendu que le Code reconnaît d'autre part la nécessité de la séparation de biens judiciaire. On ne peut donc approuver la thèse émise en doctrine (136) qui consiste à admettre la séparation de biens, en tant que mesure provisoire, sous les conditions des art. 183 et 184 Ccs.

La seule condition à laquelle la séparation de biens puisse être subordonnée réside dans l'existence d'une créance de la femme envers son mari en vertu du régime matrimonial. Encore ne faut-il pas exiger, à ce propos, une preuve stricte : il suffit à la femme de rendre vraisemblable cette créance (137).

La séparation de biens prononcée par le juge déploie ses effets immédiatement en ce sens que chacun des époux peut reprendre ses apports et en assumer l'administration. Pour le cas où la femme détiendrait des biens de son mari, il faut lui reconnaître un droit de rétention au sens des art. 895 ss Ccs jusqu'à concurrence de sa créance. Le juge peut ordonner que la femme n'est pas tenue à restitution jusqu'au jugement définitif. Une telle mesure ne viole pas le droit et s'est vue confirmée par le Tribunal fédéral (138).

2. Si la séparation de biens ne s'impose pas, pour une raison ou pour une autre, le juge sera toutefois bien avisé de condamner le mari à fournir des sûretés en garantie des apports de la femme. Pour autant que ces derniers soient encore existants, les sûretés consisteront précisément dans le dépôt en lieu sûr de ces apports. Il sera pourtant loisible au mari de s'en libérer purement et simplement en restituant

(135) SJZ 35/265 n° 176 ; 35/169 n° 117. — (136) Gmür, n° 6 ad art. 145. Egger, n° 1 d ad art. 145. Rossel, p. 253. Etter, p. 100. — (137) SJZ 35/169 n° 117. BlZüR 18 n° 103. — (138) BlZüR 23 n° 143.

à la femme ses apports. Si, par contre, ceux-ci ne sont plus représentés, les sûretés exigées frapperont les biens propres du mari.

Des sûretés peuvent aussi être ordonnées, au cas où le juge a prononcé la séparation de biens, pour les biens de la femme restés à la disposition du mari pendant la liquidation, notamment lorsque celui-ci n'a momentanément pas les disponibilités nécessaires ou lorsque le montant de la créance de l'épouse est contesté. Dans ce cas également, les sûretés exigées consisteront en des biens propres du mari. Cette manière de procéder est tout à fait conforme à l'art. 145 Ccs, d'autant plus que la femme peut revendiquer le revenu de ses apports dès le moment où la séparation de biens est prononcée (139) ; elle est d'ailleurs prévue expressément à l'art. 189 al. 3 Ccs. Cette disposition étant rangée, dans le Code, parmi les dispositions générales relatives au régime matrimonial, on peut en déduire qu'elle est également applicable à la femme séparée de biens antérieurement au divorce, pour autant que la liquidation du régime précédent n'est pas terminée ; si, par contre, la femme a remis l'administration de ses biens au mari — circonstance qui peut être présumée lorsqu'il n'aura pas été procédé immédiatement à la liquidation du régime abrogé par la séparation de biens — elle ne saurait se prévaloir de l'art. 189 al. 3 Ccs et requérir des sûretés. Le juge ordonnera alors simplement la restitution (140).

3. Une troisième mesure peut consister dans la confiscation de biens du mari au profit de la femme. Les tribunaux zurichois (141) et la Cour de justice de Genève (142) l'ont admise, pour autant qu'elle vise à assurer la restitution des apports. Tandis que la Cour genevoise l'admet sans restrictions, la Cour zurichoise exige qu'il ait été imparté au mari un délai suffisant pour fournir des sûretés, sous commination de la séparation de biens et de la confiscation.

On peut se demander, à juste titre, si cette mesure n'enfreint pas le droit fédéral par le fait qu'elle tend à produire les mêmes effets que le séquestre et à en détourner les conditions d'application énumérées de façon limitative à l'art. 271 LP. La jurisprudence dont il est question ici a déclaré nettement qu'il ne s'agissait pas, en l'occurrence, d'un séquestre à proprement parler, mais d'une mesure provisoire que le juge peut ordonner en vertu des compétences que lui attribue l'art. 145 Ccs, c'est-à-dire d'après sa libre appréciation. Cependant, cette confiscation de biens du mari ne doit pas dépasser les limites que lui trace le but de cette mesure, but qui consiste à assurer provisoirement les créances de la femme. Le mari doit en être dispensé dès qu'il fournit de plein gré d'autres sûretés suffisantes.

La nécessité d'une telle mesure nous semble tout au moins douteuse, vu que le droit fédéral prévoit d'autres mesures, notamment la séparation de biens et les sûretés citées plus haut, qui sont tout au-

(139) BlZür 23 n° 143. — (140) BlZür 23 n° 143. — (141) BlZür 18 n° 103. — (142) SJZ 23/185 n° 142. SemJud 48/493.

tant aptes à atteindre le but que se propose la jurisprudence en question. Quant à l'existence côte à côte de la confiscation et du séquestre prévu à la LP, elle ne peut se justifier en droit.

4. Une mesure qui peut encore paraître opportune en la circonstance consiste à grever les choses laissées à la disposition du mari d'une restriction du droit d'aliéner. Elle se manifestera de façon différente selon qu'il s'agira de meubles ou d'immeubles.

Le juge peut notamment ordonner en vertu de l'art. 145 Ccs que la femme doit quitter le domicile conjugal pour la durée du procès en divorce. Or, il peut se trouver parmi le mobilier laissé à la disposition du mari des objets qui ont été acquis par les deux époux en commun. Le juge pourra alors, par ordonnance, interdire au mari d'aliéner n'importe lequel de ces objets, dès que l'on aura à craindre que le mari abuse de ses droits. Cette interdiction pourra, le cas échéant, être signifiée au mari sous la menace de sanctions pénales.

S'il s'agit, en revanche, d'apports de la femme consistant en des immeubles, le juge pourra faire procéder, au registre foncier, à l'annotation prévue à l'art. 960 al. 1 Ccs. Les restrictions du droit d'aliéner susceptibles d'annotations y sont énumérées limitativement (143). Aussi, dans un procès en divorce, le juge ne peut-il prescrire une telle annotation sur les immeubles du mari en vue de garantir par des mesures provisoires la pension alimentaire de la femme (144) ou d'assurer l'exécution forcée d'une ordonnance de mesures provisoires (145). L'art. 960 al. 1 Ccs ne vise que les prétentions se rapportant directement à l'immeuble en question ; mais tel peut être le cas lorsque ce dernier constituera un apport de la femme confié à la gérance du mari ou qu'il aura été acquis par les deux époux en commun durant le mariage. Dans ces conditions, l'annotation d'une restriction du droit d'aliéner sera indiquée.

D'une manière générale, la restriction du droit d'aliéner — comme l'expression pourrait le laisser supposer — n'empêche nullement de disposer ultérieurement de l'immeuble ; elle est simplement opposable à tous droits acquis postérieurement sur l'immeuble sans qu'il y ait cancellation du registre foncier. Dans le cas particulier, la restriction du droit d'aliéner devrait cependant s'adresser spécialement au conservateur lui-même en lui interdisant d'accepter des inscriptions ou certaines inscriptions. Cette possibilité a été examinée par la Cour suprême du canton de Zurich (146) qui prévoyait deux éventualités quant aux effets de l'annotation : dans la première éventualité, l'annotation est simplement opposable aux droits acquis postérieurement ; dans la deuxième éventualité, elle comporte une interdiction, émanant du juge, de faire des inscriptions dans un cadre déterminé.

La cancellation du registre foncier (« Grundbuchsperré ») a

(143) Gonvers-Sallaz, p. 184. — (144) BIZÜR 30 n° 60. — (145) SJZ 29/24 n° 15. — (146) Circulaire du 20.8.1926 aux juges uniques et aux bureaux du registre foncier.

fait l'objet, par la suite, d'une controverse. Les uns (147) voudraient l'admettre en alléguant qu'elle n'est nullement contraire au droit fédéral d'une part et qu'elle est plus efficace qu'une simple restriction du droit d'aliéner d'autre part. D'autres (148), au contraire — et d'ailleurs la majorité — combattent énergiquement cette thèse. S'il ne nous appartient pas de nous prononcer ici à ce sujet, tout au moins devons-nous reconnaître l'utilité d'une telle mesure ordonnée à titre provisoire. Il convient toutefois de préciser qu'elle ne saurait être requise pour assurer l'exécution forcée d'une créance ne se rapportant pas à l'immeuble frappé par la cancellation, car elle se révélerait comme une mesure destinée à détourner les dispositions sur le séquestre (art. 271 ss LP) (149). La cancellation ne vise donc qu'au maintien du statu quo.

5. Le Code civil prévoit, à l'art. 171 Ccs, que le juge peut, à titre de mesure protectrice de l'union conjugale, prescrire aux débiteurs des époux d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de la femme. Cette règle a été généralement appliquée en matière de mesures provisoires également. Il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'une mesure d'exécution forcée ordonnée par le juge compétent dans la procédure applicable en cette matière, mais bien d'une mesure provisoire que seul le juge au sens de l'art. 145 Ccs peut ordonner s'il estime qu'elle est nécessaire (150). La jurisprudence a admis qu'elle est aussi applicable non seulement aux créances périodiques, mais également à toutes les créances appartenant aux époux (151) ; ainsi la Cour d'appel bernoise (152) a autorisé le blocage, à la caisse de pension, des avoirs d'un époux qui a volontairement renoncé à sa situation de fonctionnaire. La jurisprudence (153) va même plus loin et admet que cette mesure peut être ordonnée par le juge, alors même que la pension alimentaire due à la femme et aux enfants aurait été fixée par jugement exécutoire, l'épouse ne pouvant être renvoyée uniquement à la voie de l'exécution forcée pour recouvrer sa créance.

6. L'art. 145 Ccs ne saurait tolérer, en revanche, des mesures qui ne sont prévues que dans la législation cantonale. Ainsi, la mise sous scellés prévue dans quelques codes de procédure cantonaux (154) ne saurait être ordonnée. Il en est de même de l'hypothèque légale ou de l'obligation de remploi prévues par l'ancien droit civil de certains cantons au profit de la femme et qui pouvaient être mentionnées au registre foncier ; ces institutions ont d'ailleurs été supprimées par le Code civil et ne subsistent que pour autant qu'elles ont été constituées avant l'entrée en vigueur du Code (155).

(147) BIZÜR 18 n^{os} 19, 24 et 220. Bâle-Campagne, Rapport de gestion 1917, p. 40. ZBGR 4/25. SJZ 23/209. — (148) Wieland, art. 960 n^o 2. SJZ 11/58. ZBGR 5/155 ; 18/256. — (149) SJZ 23/209. — (150) ZBJV 80/132. — (151) ZBJV 79/283. — (152) ZBJV 79/283. — (153) SJZ 31/377 n^o 392. — (154) CPC vaudois, art. 40 ch. 5. CPC fribourgeois, art. 189 lit. f. — (155) Genève, LA.Ccs art. 109 et 110.

7. Le premier projet du Code civil (156) contenait une disposition aux termes de laquelle le juge pouvait interdire à l'un des époux de procéder à tout acte qui aurait compromis la situation légale de son conjoint, annuler tout contrat passé par l'un des époux et qui aurait le même effet, toutefois sous réserve des droits du cocontractant. La justification de ces règles paraissait s'opérer d'elle-même. Pratiquement, elles auraient surtout servi à sauvegarder les droits de la femme, mais le mari aurait également pu y avoir recours. Mais tout ce système, quelque recommandable qu'il puisse être, a paru présenter trop de dangers pour le commerce, et le législateur y a renoncé.

8. Enfin, on pourra chercher à sauvegarder les intérêts de chaque conjoint en avisant à certaines mesures susceptibles de parer à tous dangers ou dommages. A la vérité, l'art. 145 Ccs ne renferme pas de prescription spéciale sur ce point. On a estimé qu'en prévoyant une clause générale, on satisfaisait à toutes les exigences. Ces mesures consisteront notamment dans le devoir du mari de renseigner la femme, dans le retrait de la gérance des apports de la femme (qui implique que celle-ci devient capable d'ester en justice), dans l'autorisation de la femme à ne pas verser ses revenus au mari, dans la confection d'un inventaire, dans l'autorisation de la femme à exercer une profession ou une industrie (157), ou encore dans la remise des effets personnels. Contre la femme, le juge pourra prononcer en particulier le retrait du droit de représenter le ménage ou l'interdiction d'exercer une profession ou une industrie ; par contre, le juge ne saurait lui refuser la pension alimentaire en cas d'abandon malicieux — comme l'admet l'art. 169 Ccs — car la femme est autorisée à vivre séparée, du seul fait de l'introduction d'une demande en divorce, et cette autorisation serait illusoire si la femme ne pouvait revendiquer, dans tous les cas, des subsides afin d'assurer son entretien.



(156) Exposé des motifs, p. 137/138. — (157) ATF non publié du 13.9.1945 en la cause Weibel : faculté ex lege en cas de séparation selon art. 170 al. 2 Ccs.

QUATRIÈME PARTIE

PROCÉDURE

CHAPITRE PREMIER :

DURÉE DES MESURES PROVISOIRES.

§ 29. Règle générale.

En règle générale, les mesures provisoires sont ordonnées pour la durée du procès en divorce ou en séparation de corps. Le texte allemand de l'art. 145 Ccs le dit expressément ; quant au texte français, il semble que l'absence d'une formule analogue n'est due qu'à un oubli, peu conséquent d'ailleurs ; même pourrait-on invoquer qu'une telle précision était superflue, la notion du provisoire impliquant nécessairement une délimitation dans le temps dont la procédure de divorce nous suggère les éléments.

Ces éléments marquant la durée sont d'une part l'introduction de la demande — qui revêt ainsi une double signification puisqu'elle est déjà une condition d'application de l'art. 145 Ccs — et le jugement au fond d'autre part. Il y a lieu de les examiner l'un après l'autre.

1. La question du droit applicable pour fixer l'introduction de la demande a déjà été soulevée sous un autre rapport. Il reste à la résoudre ici ; car elle nous permettra de déterminer le moment à partir duquel des mesures provisoires peuvent être ordonnées valablement, abstraction faite de la question du for qu'il y aura lieu de traiter à part.

Il a déjà été question à maintes reprises de la diversité des procédures cantonales. Cette diversité se manifeste aussi quant à l'acte considéré comme introduction de l'action au sens du droit cantonal correspondant. Nonobstant cette diversité fort préjudiciable en matière de divorce, certains commentateurs (1) voudraient que l'introduc-

(1) Egger, n° 3 b ad art. 145, Gmür, n° 11 ad art. 145.

tion de la demande soit définie par le droit cantonal. Le Tribunal fédéral a toutefois reconnu déjà sous l'empire de la loi fédérale de 1874 la nécessité de déterminer de façon uniforme l'acte qui peut être considéré comme introduction de la demande (2). Aux termes de cet arrêt, il appartient au droit fédéral d'établir les critères déterminants du fait que celui-ci s'est approprié la notion d'introduction de la demande dans son droit matériel. Les cantons ne légifèrent qu'en matière de forme et de procédure proprement dite. Une autre version serait contraire à l'équité ; en outre, la possibilité d'introduire l'action conférée par le droit fédéral ne doit pas être rendue illusoire par des dispositions cantonales. Un arrêt antérieur (3) donnait en définition de l'introduction de la demande au sens du droit fédéral : « on entend par demande l'acte au moyen duquel le justiciable requiert l'intervention de l'autorité judiciaire et qui provoque la litispendance avec tous les effets d'ordre formel ou matériel que celle-ci implique ; l'introduction de la demande est, de ce fait, l'action qui consiste à produire ces effets et par laquelle le demandeur acquiert un droit à ce que sa cause soit tranchée par les tribunaux » (4). L'arrêt cité sous 2 estimait que cette définition allait trop loin en tant qu'elle assimilait l'introduction de la demande à la litispendance ; il prononçait, par contre, que dans les cas où la procédure cantonale prescrit l'intervention préalable du juge de paix, la réquisition de cette intervention pouvait être interprétée comme introduction de la demande. Cet arrêt a inspiré durant longtemps la jurisprudence des tribunaux cantonaux en ce sens que l'action était considérée comme introduite dès le moment où le demandeur s'est adressé au juge de paix afin qu'il procède à la tentative de conciliation. En revanche, les cantons ont admis avec peine que la notion de l'introduction de la demande est une notion de droit fédéral. Le Grand Conseil du canton de Zoug avait même jugé bon de donner une interprétation authentique à cette notion ; cet acte législatif a du reste été cassé, par la suite, par le Tribunal fédéral parce qu'incompatible avec l'art. 3 CF (5).

Par rapport à l'art. 145 Ccs, le Tribunal fédéral a dû réformer sa conception de la notion de l'introduction de la demande. Dans un arrêt de principe du 2.6.1938 (6), il admet que la compétence du juge du divorce pour ordonner des mesures provisoires se justifie par la litispendance de l'action en divorce. Il admet, par conséquent, que le moment de la litispendance détermine celui de l'introduction de la demande et revient ainsi au principe qu'il avait établi tout au début. Par contre, il laisse aux cantons le soin de prévoir la litispendance (7) et renonce à établir une notion de droit fédéral à ce sujet. Celui-ci ne s'oppose pas à ce que la litispendance intervienne déjà par la tentative de conciliation, pour autant que cette dernière soit prescrite. Si,

(2) ATF 33 II 455, arrêt du 21.9.1907 confirmé par l'arrêt ATF 42 II 98 sous le régime du Ccs. Cf. également Etter, p. 23. — (3) ATF 12/69. — (4) Traduction. — (5) ATF 33 I 625. ZBJV 74/152. — (6) ATF 64 II 175 et 182. — (7) Egalement Etter, p. 24.

dans ce cas, la demande ne succède pas à l'acte de non-conciliation, la compétence du juge à prendre des mesures provisoires devient ipso jure caduque.

Ce changement de jurisprudence du Tribunal fédéral impliquait une adaptation de la jurisprudence cantonale qui ne s'est nullement fait attendre. Ainsi, la Cour suprême du canton de Lucerne (8) a déclaré que la jurisprudence existante, basée sur le commentaire Egger (9), devait être abandonnée et que dorénavant des mesures provisoires ne pourraient être requises qu'une fois le tribunal de district compétent saisi de la demande en divorce, le § 102 CPC lucernois prévoyant expressément que seule l'introduction de la demande auprès du tribunal de district provoque la litispendance. De l'avis de la Cour suprême du Canton de Berne (10), le dépôt d'une demande suffit, en l'absence même de tous autres actes de procédure, pour donner au juge saisi la compétence de prendre des mesures provisoires dans le sens de l'art. 145 Ccs ; il doit cependant y avoir eu réellement passage de la procédure de conciliation au procès proprement dit, et pour dire s'il en est ainsi, on s'inspirera uniquement des critères posés par le code de procédure pour fixer le moment où il y a litispendance.

Les cantons du groupe bernois et zurichois dont le code de procédure prévoit la tentative de conciliation n'attribuent généralement pas à celle-ci la signification d'introduction de la demande du fait qu'elle n'entraîne pas la litispendance (11). Par contre, les cantons romands qui prescrivent la conciliation (12) semblent admettre la possibilité de mesures provisoires avant l'introduction de la demande (13) ; ceci provient du fait que le code de procédure vaudois (14) dispose expressément que dans les cas où le procès s'engage par une tentative de conciliation devant le juge de paix, la citation en conciliation ou, s'il n'y a pas eu de citation, l'acte de non-conciliation constitue l'ouverture de l'action. Aux termes de l'art. 218 CPC fribourgeois, l'acte de non-conciliation constitue également l'ouverture de l'action pourvu qu'il y soit suivi régulièrement dans le délai légal. Dans ces procédures, la tentative de conciliation est intimement liée au procès subséquent de sorte qu'une demande déposée sans qu'il ait été procédé à la conciliation ou ensuite d'un acte de non-conciliation nul doit être considérée comme irrégulière, et il ne peut être entré en matière sur ses conclusions (15) (contrairement à la procédure bernoise (16) qui prévoit que la tentative de conciliation n'est plus néces-

(8) SJZ 37/154 n° 89. — (9) N° 3 b ad art. 145. — (10) ZBJV 83/413. —

(11) Zurich, CPC § 130 al. 6. Berne, CPC art. 160. Thurgovie, CPC § 114 et 159. Lucerne, CPC § 102. St-Gall, CPC art. 55. Valais, CPC art. 86 et 137. Toutefois, les lois zurichoise (EG z. ZGB § 11) et St-galloise (EG z. ZGB art. 62) admettent expressément des mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs dès la citation en conciliation. — (12) CPC vaudois art. 52, neuchâtelois art. 94. Par contre : Fribourg, SJZ 19/238 n° 282. — (13) JT 1932 III 40. — (14) Art. 63. — (15) JT 1918 III 110. — (16) CPC art. 145 al. 2.

saire si le juge d'instruction a ordonné la signification de la demande malgré l'absence d'une telle tentative). Mais puisque c'est le droit fédéral qui détermine l'acte qu'il y a lieu de considérer comme introductif de la demande et qu'il se base à cet effet sur la litispendance, il reste à examiner si la conciliation prévue par les procédures en question entraîne également la litispendance de l'action. Cette question doit être résolue dans le sens de l'affirmative au vu de ce même art. 63 CPC vaudois qui entend par ouverture de l'action non seulement le premier acte tendant à requérir l'intervention du juge, mais aussi l'acte fixant le for et entraînant la litispendance de l'action. La jurisprudence des tribunaux vaudois, en tant qu'elle admet des mesures provisoires avant le dépôt de la demande, mais après la conciliation (17), est donc conforme au droit fédéral tel que l'interprète le Tribunal fédéral. Elle offre, par rapport aux procédures qui n'accordent pas à la tentative de conciliation la faculté d'engendrer la litispendance, cet avantage que, dès lors, des mesures provisoires peuvent être requises en même temps qu'un des époux saisit pour la première fois le juge de sa demande en divorce, alors que dans ces autres procédures il peut s'écouler un laps de temps plus ou moins long entre la citation en conciliation et l'introduction de la demande proprement dite, c'est-à-dire jusqu'au moment où des mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs pourront être ordonnées valablement. On conçoit aisément les conséquences qu'une telle attente peut avoir ; la possibilité de requérir entre temps des mesures protectrices de l'union conjugale ne saurait suppléer à cette lacune. Par contre, les mesures provisoires prises avant le dépôt de la demande, mais après l'ouverture de l'action constituée par la citation en conciliation, courent le risque d'être annulées s'il n'est pas suivi au procès dans les vingt jours dès l'ordonnance, pour autant que ces mesures aient été ordonnées à l'instance du demandeur. Si l'instant aux mesures provisoires a un intérêt à ce que celles-ci soient maintenues, il veillera généralement à ce qu'il soit suivi au procès en divorce sans relâche, de sorte que ce risque est largement compensé par les avantages cités plus haut.

On pourrait reprocher à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral qui assimile l'introduction de la demande à la litispendance, de ne pas appliquer cette notion de façon conséquente dans les autres cas où le droit fédéral se sert de l'introduction de la demande. En effet, le Tribunal fédéral admet de façon constante que le premier acte qui tend à requérir l'intervention des tribunaux suffit à faire respecter les délais, relativement courts il est vrai, prévus à la LP ; il en fait de même pour l'interruption de la prescription pour laquelle la citation en conciliation est considérée comme acte interruptif. Dans un

(17) L'arrêt JT 1932 III 40 soumet toutefois les mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs à l'art. 47 CPC vaudois qui a trait aux mesures provisionnelles ordonnées avant l'ouverture de l'action (al. 1) et après l'acte de non-conciliation (al. 2) ; seul l'al. 2 est applicable.

arrêt de 1916 (18), le Tribunal fédéral avait estimé que, quoique les considérations tirées de la brièveté des délais en question ne puissent être retenues, il y avait lieu d'appliquer les mêmes principes aux actions du droit de la famille, cette manière de voir pouvant seule assurer une application uniforme du Code civil dans les différents cantons. Mais il est revenu sur son opinion depuis lors (ATF 64 II 178) en argumentant qu'il ne peut s'agir, en l'espèce, d'une notion d'introduction de la demande applicable à tout le droit fédéral, qu'il s'agit au contraire, dans les cas cités, simplement d'assimiler l'introduction d'une procédure préliminaire à un acte interruptif de prescription ou susceptible de faire observer un délai, qu'une telle assimilation avait pour but d'éviter un empiètement sur les différentes procédures cantonales et d'assurer à la fois le traitement uniforme de tous les justiciables, et qu'enfin on ne peut rien en déduire au bénéfice de l'art. 145 Ccs (contrairement à Egger, n° 3 ad art. 145) surtout par rapport à des procédures cantonales qui considèrent l'acte de non-conciliation comme point de départ d'une demande en divorce non seulement pour une courte durée, mais encore pour une durée illimitée. *

2. Quant à l'autre élément déterminant la durée des mesures provisoires — le jugement définitif —, il doit être considéré comme donné au moment où le jugement intervenu au fond ne peut plus être attaqué par un moyen de recours ordinaire de la procédure cantonale applicable ou de la procédure fédérale, c'est-à-dire au moment où ce jugement acquiert l'autorité de chose jugée. Ce moment varie nécessairement d'un canton à l'autre pour ce qui est des jugements de première instance susceptibles de recours à l'instance cantonale supérieure selon que d'après la procédure cantonale ce moment correspond à celui de l'échéance du délai de recours ou soit reporté à la date du prononcé du jugement au fond, en admettant dans les deux cas que le recours ne soit pas intenté. Par contre, les jugements de la dernière instance cantonale n'entreront pas en force de chose jugée avant l'échéance des délais prévus par la loi fédérale sur l'organisation judiciaire pour le recours en réforme au Tribunal fédéral et le recours joint (19). Cette disposition de droit fédéral règle de façon uniforme l'autorité de chose jugée par rapport à tous les jugements de la dernière instance cantonale ; on ne peut contester cette compétence au législateur fédéral du fait que le recours en réforme est muni d'effet suspensif et qu'un jugement susceptible de recours ne saurait entrer en force de chose jugée avant qu'il soit établi s'il sera fait usage ou non du droit de recours. Ces considérations valent spécialement en procédure de divorce et de séparation de corps, tout jugement statuant sur le fond étant, aux termes de l'art. 44 OJ, susceptible de recours en réforme au Tribunal fédéral.

Au moment où le jugement définitif intervient — jugement qui est censé statuer tant sur la question du divorce que sur ses effets

(18) ATF 42 II 98. — (19) OJ art. 54 al. 2.

accessoires de façon définitive (sous réserve cependant des art. 153 al. 2 et 157 Ccs) — des mesures provisoires ne sont plus nécessaires, et il est logique qu'une ordonnance ayant institué de telles mesures cesse ses effets de plein droit dès ce moment. Le juge qui les a rendues ne doit pas nécessairement les rapporter expressément. Pourtant, le Code de procédure civile neuchâtelois (20) prévoit que le juge peut encore prolonger les mesures provisoires pendant un court délai, si cela est nécessaire pour assurer l'exécution du jugement. Il s'agit, dans ce cas particulier, d'une exception à la règle (21) dont il est question plus haut, et l'on peut se demander si elle se justifie tant par sa nécessité que par rapport au but des mesures provisoires ; celles-ci ne sont nullement destinées à assurer l'exécution future d'un jugement, et l'on n'entrevoit pas la nécessité de prolonger la durée des mesures provisoires au profit de celui des époux qui sera en possession d'un jugement exécutoire et qui, de ce fait, aura à sa disposition tous les moyens de la procédure civile pour en obtenir l'exécution. On peut se demander aussi si de telles mesures provisoires dont la durée serait prolongée au delà du jugement définitif pourraient, le cas échéant, être exécutées dans un autre canton que dans celui où elles auront été rendues, ce qui paraît fort problématique. Même serait-on tenté de douter si une telle disposition est compatible avec le droit fédéral ; là, force nous est de convenir qu'au sens et à la lettre de l'art. 145 Ccs les mesures provisoires ne sont instituées que pour la durée du procès en divorce, et celui-ci prend fin avec le jugement définitif.

Une autre exception à la règle s'impose, en outre, pour des raisons pratiques. En effet, au moment où une action en divorce a été introduite, les époux acquièrent ipso jure la faculté de vivre séparés (art. 170 al. 2 Ccs). Or, il se peut que l'action soit rejetée par le tribunal, circonstance qui implique nécessairement la caducité des mesures provisoires. Le jugement exclura l'application de l'art. 170 al. 2, de sorte que les époux devront reprendre la vie commune, à moins que l'un d'eux puisse se prévaloir de circonstances justifiant la vie séparée à teneur de l'art. 170 al. 1 Ccs. En admettant cependant que de telles circonstances ne soient pas données, on ne pourra toutefois exiger des époux — surtout de celui qui se croyait en droit de demander le divorce et dont l'action aura été rejetée — de reprendre la vie commune aussitôt après le jugement en sa défaveur, soit en réintégrant le domicile conjugal, soit en acceptant de reprendre l'autre époux chez lui. La jurisprudence (22) a reconnu la nécessité de prolonger dans de telles conditions la durée d'une mesure autorisant les époux à vivre séparés quoique les faits la motivant ne soient plus donnés. Il faut tenir compte de ce que l'époux vivant séparé a dû prendre certains engagements à cet effet, notamment se chercher une occupation rémunératrice et un appartement, engagements dont il ne peut se dé-

(20) Art. 105. — (21) Voir aussi CPC fribourgeois, art. 199 ; neuchâtelois, art. 105 al. 1. JT 1935 III 67. SJZ 10/11 n° 2. — (22) SJZ 11/8 n° 2.

partir subitement. D'autre part, la mentalité des époux, surtout de celui qui aura été débouté, ne sera pas propice à une réconciliation immédiate. Pour ces raisons, on a estimé que l'autorisation de vivre séparés contenue à l'art. 170 al. 2 Ccs devenait caduque seulement lorsque les époux seraient revenus à un état d'esprit compatible avec une vie commune normale et sincère (23). L'époux qui aura provoqué la séparation par sa demande devra notamment avoir préconisé la reprise de la vie commune, et même lorsqu'il en est ainsi, la Cour suprême du canton de Zurich a admis qu'il appartenait au juge d'apprécier s'il peut être exigé de l'autre époux qu'il se prête à une telle réconciliation.

Il y a lieu d'ajouter enfin, pour être complet, que les mesures provisoires peuvent prendre fin pour des raisons inhérentes à la procédure.

Vu le caractère purement provisoire des mesures prises en vertu de l'art. 145 Ccs, il est tout à fait indiqué que le juge qui les a rendues puisse les rapporter ou les modifier selon les circonstances (24). Cette faculté revient aussi au tribunal saisi de l'action en divorce ou en séparation de corps, même si l'ordonnance en question émane de son président statuant en vertu de sa compétence (25).

§ 30. Cas spéciaux.

En second lieu, il convient d'examiner quelques cas spéciaux qui offrent certaines particularités.

1. La loi de procédure civile genevoise (26) contient une disposition unique en son genre à teneur de laquelle l'ordonnance qui accordera une mesure provisionnelle sera périmée, de plein droit, si elle n'a été mise à exécution dans les vingt jours de sa date. Cette disposition a pour but de parer aux inconvénients qui peuvent se présenter lorsqu'une ordonnance de mesures provisionnelles a perdu tout intérêt pour le requérant, — circonstance que l'on peut déduire de sa non-exécution immédiate — et qu'après coup l'exécution en soit demandée dans des buts qui souvent ne sont pas en rapport avec l'ordonnance en question. Il s'agit là d'un cas d'application de l'art. 2 al. 2 Ccs qui refuse sa protection à l'abus de droit. En effet, le créancier bénéficiant d'une pension alimentaire qui lui a été allouée par ordonnance de mesures provisoires pourrait, après une période relativement longue durant laquelle il n'aurait pas fait valoir ses droits, se mettre en tête de récupérer sa créance qui, entre temps, se serait capitalisée.

(23) Voir Egger, n° 2 d ad art. 25. — (24) CPC valaisan art. 352. LI.Ccs Fribourg art. 47, Obwald art. 3, St-Gall art. 62 (« exceptionnellement »). — (25) St-Gall, EG z. ZGB art. 62. — (26) Art. 18.

On imagine les effets ruineux que pourrait avoir une telle manière de faire si elle était tolérée. Aussi la jurisprudence a-t-elle, à défaut de disposition y relative dans le droit matériel ou dans la procédure, reconnu la nécessité de parer à un tel abus et admis que les règles strictes appliquées lors de la saisie de salaire pour dettes alimentaires (27) ne pouvaient être applicables lorsqu'il s'agit d'une telle dette capitalisée, pour autant que le créancier ait renoncé de son propre chef à faire valoir ses droits durant une certaine période ou que la créance en question résulte d'une poursuite précédente pour laquelle il a été établi un acte de défaut de biens (28). La procédure genevoise est donc plus radicale et plus efficace encore ; mais elle présente un certain danger en ce sens que la nullité d'une ordonnance de mesures provisionnelles peut également, vu la brièveté du délai, intervenir au détriment d'un époux certes digne de la protection du juge, mais qui aurait omis, pour des raisons excusables, de requérir l'exécution dans le délai fixé.

2. Une situation presque analogue peut se présenter lorsqu'un époux a introduit son action au for qui lui semblait compétent et requis en même temps des mesures provisoires auxquelles il a été fait droit, et lorsque, par la suite, le tribunal saisi de l'action en divorce se déclare incompétent. En appliquant à la lettre la règle prévoyant que les mesures provisoires deviennent caduques au moment où un jugement définitif intervient, on pourrait alléguer, dans ce cas, qu'il s'agit d'un jugement incident qui ne saurait, sans aucun doute, être assimilé à un jugement définitif, que, par conséquent, les mesures provisoires prononcées restent en vigueur. Mais tel n'est pas le cas, car on ne saurait contester qu'il appartient uniquement au juge compétent d'ordonner des mesures provisoires ; d'autre part, on ne pourrait admettre qu'un prononcé d'avant faire droit tel qu'une ordonnance de mesures provisoires survive à une procédure qui, par jugement incident, se voit dépourvue de son élément essentiel : la litispendance. Force sera à l'époux ainsi privé subitement des bienfaits de mesures provisoires d'avoir recours à des mesures protectrices de l'union conjugale jusqu'au moment où son action en divorce ou en séparation de corps aura été portée devant le juge compétent.

3. Certaines procédures cantonales (29) prévoient que tout jugement de première instance, s'il n'est frappé d'appel, passe en force de chose jugée à dater rétroactivement du jour où il a été rendu. En cas d'appel, il en est de même lorsque l'appel est retiré ou que la contestation devient sans objet. Dès lors, il est certain qu'on ne peut, dans ces cas, considérer la date à laquelle un jugement est passé en force de chose jugée comme le moment à partir duquel les mesures provisoires cessent de plein droit. Il se peut, en effet, que l'appel in-

(27) SJZ 32/79 : Jaeger, Die Lohnpfändung. — (28) BIZüR 34 n° 31. —

(29) Par exemple Berne, CPC art. 334.

terjeté du jugement de première instance ne soit retiré que quelques mois après la déclaration ; or, entre temps, les mesures provisoires n'ont cessé de manifester leurs effets et l'époux débiteur d'une pension alimentaire accordée à l'autre en vertu de l'art. 145 Ccs était tenu de faire ses versements mensuels. Si l'on admet que l'ordonnance de mesures provisoires cesse de plein droit au moment où le jugement au fond acquiert autorité de chose jugée, le débiteur se verrait en droit de répéter comme indue la pension alimentaire qu'il aurait payée à tort en vertu d'une ordonnance caduque depuis le prononcé du jugement. Pour cette raison, il serait préférable de faire cesser les mesures provisoires à un moment qui ne soit pas fictif comme celui de l'entrée en force de chose jugée, mais réel et déterminable facilement et sans équivoque possible, car on ne peut feindre également l'entretien de l'époux créancier de la pension alimentaire (30). Leuch (31) propose la cessation de la litispendance. Cette opinion paraît justifiée ; elle offre, au surplus, l'avantage d'englober également les cas de retrait de l'instance et d'incompétence du juge saisi. Ainsi, on peut poser en principe que la durée de litispendance détermine la durée des mesures provisoires, puisque nous avons vu que celles-ci peuvent être ordonnées dès que l'action en divorce est pendante ; et ce principe est applicable sans exception. Le fait que la litispendance subit, dans une certaine mesure, le même sort que l'autorité de chose jugée, c'est-à-dire que sa cessation est également rétrodatée, n'infirme en rien cette thèse : une fois portée devant le tribunal, une cause ne peut être que pendante ou jugée en ce sens que l'un exclut l'autre. C'est, par conséquent, la durée effective de la litispendance qui fait foi ; elle est aussi facilement déterminable. La pension alimentaire payée en trop de par la rétroaction pourra être compensée, le cas échéant, avec les indemnités ou la pension allouées au jugement définitif en vertu des art. 151 à 153 Ccs.

Les tribunaux vaudois (32) se sont occupés de la même question par rapport au recours en réforme au Tribunal fédéral. Ils ont admis qu'un jugement est définitif quand il a l'autorité de chose jugée, c'est-à-dire quand il ne peut plus être modifié par une instance de recours. En cas de retrait de recours, le jugement attaqué ne devient par contre définitif qu'à partir de l'enregistrement du retrait par l'autorité fédérale.

4. En cas de recours partiel, la question se pose jusqu'à quel moment les mesures provisoires demeurent en force. Les moyens de recours de droit cantonal (appel) ainsi que le recours en réforme du droit fédéral (art. 54 OJ) suspendent l'exécution de la décision attaquée dans le cadre des conclusions formulées par le recourant. Il est indéniable que, dans ce cas, la cause reste pendante, du moins par-

(30) Contrairement à un arrêt publié dans BIZÜR 19 n° 166. Voir également SJZ 25/359 n° 244 et 25/200 n° 134. — (31) N° 5 ad art. 299. Cf. également Etter, p. 27. — (32) JT 1935 III 67.

tiellement ; par conséquent, il ne saurait être question que les mesures provisoires cessent de ce chef. Il faut toutefois distinguer sur quels points le recours porte. Si les conclusions de l'appelant, du recourant ou de l'intimé qui a formé un appel ou un recours joint ne visent que la liquidation du régime matrimonial, rien ne s'oppose alors à ce que les mesures relatives à l'entretien de la femme et à la garde des enfants cessent après l'échéance du délai de recours. Si le recours tend, au contraire, à réformer le jugement en tant qu'il alloue des indemnités à l'époux innocent, il convient de faire cesser les mesures concernant les enfants et la liquidation du régime matrimonial, ces parties du jugement devenant exécutoires. Et ainsi de suite ; il sera aisé de déterminer les parties qui demeurent en force. Seul le cas où le recourant conclut uniquement au rejet de la demande en divorce peut présenter quelque difficulté : tous les effets accessoires du divorce restant de ce fait en suspens, il est clair que les mesures provisoires seront maintenues dans leur ensemble.

Cette même question se pose au regard d'une disposition du Code de procédure civile vaudois reprise du droit allemand. En effet, l'art. 408 du dit code laisse au tribunal la faculté, s'il ne s'estime pas suffisamment renseigné pour prononcer en même temps que le divorce sur les conséquences pécuniaires du divorce, l'attribution des enfants et les conséquences pécuniaires de celle-ci, de disjoindre sa décision sur ce point du jugement sur les conclusions principales, à l'effet de statuer après plus ample informé. Le jugement de divorce ou de séparation de corps devient ainsi définitif, sans que les mesures provisoires n'en deviennent ipso jure caduques ; elles demeureront, au contraire, en force jusqu'à droit connu sur les effets accessoires ; seule la faculté de vivre séparé ne découlera plus de l'ordonnance de mesures provisoires, mais deviendra définitive.

Dans ce même ordre d'idée, il convient de citer une disposition de la loi de procédure civile genevoise (33) qui prévoit qu'en cas d'appel sur les effets accessoires seulement, le divorce ou la séparation de corps ne deviendront définitifs qu'après l'expiration du délai de recours au Tribunal fédéral ou d'un délai de 20 jours à dater du retrait de l'appel. La durée des mesures provisoires en sera prolongée d'autant.

5. On peut se demander aussi si le relief (relevé de défaut) et la révision d'un jugement en divorce — pour autant que cette dernière possibilité subsiste en plus de celles prévues aux art. 153 al. 2 et 157 Ccs (34) — provoquent ipso jure la remise en vigueur des mesures provisoires ordonnées au cours de la procédure précédente. Cette question est très discutable et semble ne pas avoir été tranchée en principe par les tribunaux, les parties ayant la faculté de requérir sans

(33) Art. 443 al. 2. — (34) Affirmatif pour ce qui est de la procédure bernoise (art. 367 ss CPC. Leuch, n° 3 ad art. 367). La question de l'admissibilité doit toutefois être envisagée au point de vue du droit fédéral.

autre de nouvelles mesures qui auront l'avantage d'être appropriées aux circonstances nouvelles. Quant à nous, nous serions tentés de la résoudre par l'affirmative pour ce qui concerne le relief (Leuch, op. cit., note 3 ad art. 367). Quant à la révision, cette thèse ne se laisserait que difficilement soutenir au point de vue juridique ; dans l'intérêt de la stabilité d'un état de fait institué par jugement définitif, on ne saurait tolérer qu'on puisse revenir en toutes circonstances sur ce jugement.

6. Enfin, il reste à savoir si la réforme — que certaines procédures cantonales (35) connaissent encore — laisse subsister les mesures provisoires rendues au cours de la procédure réformée. Cette question ne paraît présenter aucune difficulté. Il n'y a aucune raison à ce qu'une ordonnance de mesures provisoires soit touchée par une telle déclaration ; la réforme tend avant tout à permettre à l'une des parties qui estime que l'instruction de l'affaire principale n'a pas été dirigée d'une manière favorable à ses intérêts, de recommencer cette instruction. La réforme annulant tous les actes du procès jusqu'au point que détermine la partie qui se réforme, il sera loisible à celle-ci de laisser subsister l'ordonnance de mesures provisoires. Le Tribunal cantonal vaudois (36) a même admis qu'il ne saurait être question de comprendre la procédure en mesures provisionnelles dans la réforme. D'ailleurs, la réforme ne sera que rarement demandée en procédure de divorce, les erreurs commises par les parties en cause étant atténuées par la maxime d'office et l'art. 158 Ccs qui régissent la matière.

CHAPITRE SECOND :

FOR.

§ 31. Dispositions applicables.

L'art. 145 Ccs ne contient aucune disposition concernant le for des mesures provisoires. L'art. 152 du projet de 1904, comme d'ailleurs l'art. 168 de l'avant-projet de 1900, ne parlaient pas seulement, dans le texte allemand, du « juge », mais du « juge compétent » (der zuständige Richter). Cette adjonction a disparu dans le texte définitif sans qu'il y ait eu opposition de la part des Chambres

(35) Fribourg, CPC art. 114 ss. Vaud, CPC art. 361 ss. Neuchâtel, CPC art. 77 ss. — (36) Arrêt du 2.7.1924 dans la cause Genoud c. Genoud-Honegger.

fédérales lors de la discussion de l'art. 145 Ccs. Or, on ne peut en déduire que le législateur entendait par là modifier le sens de l'art. 145 Ccs. Cette adjonction du mot « compétent » pouvait certes avoir deux significations: soit on voulait exprimer par là que le juge qui veut ordonner des mesures provisoires doit être compétent en la matière — version qui s'entend d'elle-même — ou alors le législateur entendait désigner le juge du divorce. Cette dernière supposition est confirmée par le fait que l'art. 145 Ccs vient immédiatement après la règle de for posée à l'art. 144 Ccs. Pour cette raison, on doit admettre que le « juge compétent » mentionné à l'art. 144 Ccs est identique avec le « juge » de l'art. 145 Ccs. S'il en était autrement, le législateur eût dû le spécifier. Il résulte donc de l'art. 145 Ccs que seul le tribunal saisi effectivement de l'action au fond (éventuellement le président de ce tribunal) a qualité pour ordonner les mesures provisoires requises par l'une ou l'autre des parties. Ratione materiae tout au moins, cette compétence s'identifie donc avec la compétence au fond. Alors que la loi fédérale sur l'état civil et le mariage était encore en vigueur, le Tribunal fédéral avait admis que, ratione loci également, les décisions concernant la demeure de la femme, son entretien et celui des enfants pendant la litispendance rentraient dans les attributions exclusives de l'autorité chargée de prononcer sur la demande en divorce (37). Sous le régime du Code civil, la question de savoir si le juge compétent pour prononcer le divorce peut seul rendre des décisions basées sur l'art. 145 Ccs a fait l'objet d'une controverse ; les autorités cantonales et les auteurs sont divisés sur ce point.

Un raisonnement purement logique aboutirait à la conclusion que seul le juge compétent pour retenir, au fond, la demande en divorce ou en séparation de corps doit avoir qualité pour régler les relations des parties pendant le cours de l'instance. Toutefois, cette solution aboutirait pratiquement à des résultats peu satisfaisants, nullement conformes à la ratio legis de l'art. 145 Ccs et aux nécessités de la vie. En matière de for, il faut faire la discrimination entre le for de l'action principale (art. 144 Ccs) et le for des mesures provisoires (art. 145 Ccs). Si le juge compétent en vertu de l'art. 144 Ccs sera toujours compétent pour rendre une ordonnance de mesures provisoires, le juge des mesures provisoires ne sera inversement pas toujours compétent pour statuer sur l'action au fond. Il convient donc d'examiner ces deux possibilités l'une après l'autre.

Avant d'aborder ces deux questions séparément, on peut se poser la question de principe s'il n'y a pas lieu d'appliquer aux mesures provisoires de l'art. 145 Ccs l'art. 59 CF garantissant au débiteur le for de son domicile, de sorte que toute discussion au sujet du for des mesures provisoires deviendrait superflue, le seul for admis étant celui déterminé par la Constitution fédérale. Une première restriction s'impose déjà du fait que l'art. 59 CF ne vise que les revendications d'ordre pécuniaire ; seules les mesures concernant l'entre-

(37) ATF 8/788 ; 32 II 434.

tion de la femme et des enfants et concernant l'avance de frais pourraient, par conséquent, être soumises au for prévu par l'art. 59 CF. D'autre part, le Tribunal fédéral a admis que cette disposition de la Constitution n'est pas applicable, même s'il s'agit de revendications pécuniaires, lorsqu'un for fédéral est prescrit (38). Or, le for des mesures provisoires étant prévu par le droit fédéral à l'art. 144 Ccs, il n'y a, de ce fait, aucune raison de donner au justiciable une garantie supplémentaire résidant dans un droit constitutionnel. D'ailleurs la règle posée à l'art. 59 CF n'a qu'une portée intercantonale et ne saurait, pour cette raison, déterminer le for des mesures provisoires dans les limites de chaque canton.

Dans la jurisprudence cantonale (39), on retrouve des essais tendant à introduire, à côté du for de l'art. 144 Ccs, le for général du domicile du défendeur, le seul argument à l'appui de cette thèse réside dans la concordance souvent purement fortuite de ce for avec celui de l'art. 144 Ccs.

§ 32. For de l'action principale.

La thèse selon laquelle le juge compétent pour ordonner les mesures provisoires pour la durée du procès ne peut être que celui désigné par l'art. 144 Ccs, est admise tant en doctrine qu'en jurisprudence. Il convient, dès lors, d'examiner où le demandeur doit introduire l'instance afin de pouvoir bénéficier d'entrée de cause des mesures prévues à l'art. 145 Ccs.

1. Sous l'empire de la loi fédérale de 1874 sur l'état civil et le mariage, l'action en divorce devait être introduite au domicile du mari et, à défaut de domicile actuel en Suisse, au lieu d'origine ou au dernier domicile de l'intéressé. La détermination du for compétent n'offrait donc, dans la plupart des cas, aucune difficulté. L'ancienne jurisprudence ne portait pas atteinte aux intérêts essentiels des parties en prescrivant que la requête en mesures provisoires devait être présentée au juge qualifié pour statuer sur le divorce lui-même.

2. Mais depuis l'entrée en vigueur du Code civil suisse, la demande doit être introduite au domicile de la partie demanderesse (art. 144 Ccs).

3. Or, le domicile de la femme mariée n'est pas nécessairement celui de son mari. L'art. 25 al. 1 Ccs dispose certes que le domicile du mari est considéré comme le domicile de la femme mariée. Toutefois, l'al. 2 du dit article prévoit des exceptions à ce domicile légal : la femme dont le mari n'a pas de domicile connu ou qui est autorisée à vivre séparée peut se créer un domicile distinct.

Cette dernière question a donné lieu à une controverse. Les

(38) ATF 54 I 243 ; 72 I 177. — (39) BIZÜR 15 n° 203.

uns (40) prétendaient que la femme ne peut vivre séparée qu'avec l'autorisation expresse du juge, alors que les autres (41) entrevoyaient dans la possibilité de l'épouse de se constituer un domicile distinct une faculté *ex lege*. Le texte français de l'art. 25 Ccs parle certes de la femme « autorisée » à vivre séparément. Le terme employé par le législateur permet cependant de comprendre également celle qui se trouve dans des conditions justifiant une vie séparée. Le texte italien, par contre, (« può essere autorizzato ») peut réellement être interprété en ce sens qu'une autorisation est nécessaire. Toutefois le texte allemand ne laisse subsister aucun doute sur ce point-là ; il dit « berechtigt ». Cette expression n'implique nullement l'intervention d'un juge, il vise un état de choses existant, un ensemble de circonstances de nature à légitimer une vie séparée. Cette conception s'explique d'ailleurs par l'historique de l'art. 25 Ccs tel qu'il ressort de l'avant-projet, des rapports de la commission d'experts et du projet de 1904. L'art. 25 al. 2 Ccs actuel (anciennement art. 22 al. 2 Ccs) prévoyait que la femme pouvait se constituer un domicile distinct pour autant qu'elle vive séparément de son mari pour de justes motifs. Au sein de la commission des experts, le vœu avait été émis que les cas de domicile séparé devaient être restreints à ceux subordonnés à l'autorisation du juge. Mais l'opinion contraire y était aussi représentée, de sorte que l'on est en droit d'admettre que si le texte actuel fut adopté tel qu'il est conçu, on entendait maintenir cette faculté *ex lege* de l'épouse de se constituer un domicile distinct (42). En effet, s'il avait été question de faire dépendre cette faculté d'une autorisation préalable du juge, le terme de « berechtigt » dans le texte allemand aurait dû au moins être remplacé par une expression marquant cette obligation, la discussion au sein de la commission d'experts ayant suffisamment prouvé la nécessité d'une telle discrimination.

La loi évite, lorsqu'elle confère une faculté *ex lege*, des termes comme celui de « autorisée » figurant à l'art. 25 Ccs ; car là où elle y a recours, il s'agit réellement d'une autorisation décernée par l'autorité (43). Une autorisation du juge ne pourrait toutefois être exigée au regard du texte allemand et français de l'art. 25 Ccs que si elle s'imposait pour des raisons objectives. Tel n'est cependant pas le cas. Autoriser un époux à se constituer un domicile distinct de par la loi n'est pas si extraordinaire qu'une telle intention ne puisse être prêtée au législateur. Les époux, en particulier la femme, peuvent certes avoir un intérêt à ce que leur droit de se constituer un domicile séparé soit dûment constaté par une autorité. Néanmoins cet intérêt

(40) Gmür, n° 6 et 7 ad art. 170. Cl. du Pasquier (JT 1913 I 290). SJZ 10/16 ; 11/83 n° 25 ; 21/64 n° 19. Tribunal cantonal neuchâtelois dans la cause Dalloz : ZSR 1930/338 note 29. — (41) BlZür 27 n° 77. ZBJV 74/152 ; 81/225. ATF 41 I 105, 298, 305, 459 ; 47 I 424 ; 53 I 55 ; 54 I 115 ; 64 II 396. SJZ 11/8 n° 2 ; 16/90 n° 19 ; 32/136 n° 101. Egger, n° 2 d ad art. 25 et n° 3 a ad art. 170. Etter, p. 50. — (42) ATF 41 I 105. — (43) Par exemple art. 365 Ccs,

est-il sauvegardé par la possibilité qu'ont les époux de requérir en tout temps l'intervention du juge. Le recours au juge n'est nullement prescrit, de même que celui-ci ne peut intervenir d'office pour empêcher un époux de quitter le domicile conjugal sans son autorisation. L'art. 170 al. 3 Ccs ne prévoit l'intervention du juge que pour régler les subsides versés par l'une des parties pour l'entretien de l'autre. Dans ce cas, le juge aura à examiner si la suspension de la vie commune qui peut avoir précédé son intervention est justifiée ou non. Mais la faculté de se constituer un domicile distinct n'est en soi nullement subordonnée à une autorisation préalable. (Gmür, n° 5 à ad art. 144).

4. Toutefois, les conditions d'un tel domicile séparé ne peuvent pas être quelconques. Il faut qu'il existe des circonstances objectives considérées par la loi comme de nature à justifier la dissolution de la vie commune, notamment les circonstances énumérées à l'art. 170 al. 1 Ccs lorsque la santé, la réputation ou la prospérité des affaires d'un époux sont gravement menacées par la vie en commun. La preuve de l'existence de telles circonstances incombe naturellement à l'époux qui en déduit un droit de vivre séparé (art. 8 Ccs) ; il lui suffit toutefois de rendre vraisemblables les faits qu'il allègue (Egger, n° 3 ad art. 144).

La loi ne dit pas expressément qu'en dehors d'une permission éventuelle du juge et des conditions énumérées à l'art. 170 al. 1 Ccs, elle autorise encore la vie séparée dans d'autres circonstances. La Cour d'Appel du Canton de Fribourg (44) en a déduit, par conséquent — à tort il est vrai — que d'autres circonstances pouvaient motiver également un domicile séparé (45). Cette conception a d'ailleurs été reprise par d'autres tribunaux. En effet, la Cour de justice du Canton de Genève (46) a estimé qu'il suffisait que les époux aient vécu des années durant séparés et que le mari ne se soit pas préoccupé d'inviter sa femme à réintégrer le domicile conjugal pour que celle-ci soit autorisée à vivre séparée et, pariant, à introduire son action en divorce à son lieu de résidence. La Cour d'appel tessinoise (47) considère le refus du mari de reprendre la vie commune avec son épouse comme circonstance autorisant cette dernière à se créer un domicile distinct. Enfin, d'aucuns prétendent que le consentement du mari, pour autant qu'il soit exprès, doit être interprété comme une autorisation de la femme de vivre séparée au sens de l'art. 25 Ccs (48). Les arguments à l'appui d'une telle thèse se basent sur le fait que l'obligation de vie commune n'existe qu'envers l'autre conjoint qui est seul à pouvoir en exiger l'exécution, mais qui, par contre, peut aussi y renoncer et accorder à la femme le droit de se constituer un domicile distinct. Le Tribunal fédéral (49) ne s'est pas rallié à cette opinion en allé-

(44) SJZ 16/90 n° 19. — (45) Cf. également Egger, n° 2 c ad art. 170. —

(46) SJZ 32/136 n° 101. — (47) SJZ 34/168 n° 126. — (48) BIZüR 15 n° 42 et 203. Egger, n° 2 d ad art. 25 et n° 2 ad art. 170 — (49) ATF 41 I 105 et 298.

quant que l'art. 25 al. 1 Ccs fixant le domicile de l'épouse à celui du mari, a son origine dans la nature du mariage en tant que communauté indivisible. Les dispositions qui s'y rapportent sont, de par leur valeur morale, de droit impératif. On ne saurait donc y déroger par convention entre époux. Notamment la renonciation du mari à désigner le domicile commun en vertu de l'art. 160 Ccs n'est pas admissible, car il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'un droit subjectif dont il peut disposer à volonté, mais d'un pouvoir qui lui est conféré dans le but d'assurer la communauté du ménage et qui ne peut être livré aux caprices de la femme. Seules des circonstances objectives s'opposant à la continuation de la vie commune peuvent justifier un domicile séparé. Le consentement n'est pas encore la preuve de sa justification ; il ne peut servir que d'indice susceptible d'établir l'existence de tels motifs.

5. En vivant séparée, même légitimement, l'épouse ne se constitue nullement un domicile (au sens légal) au lieu de sa résidence et n'acquiert pas sans autre la faculté d'y introduire son action en divorce (50). Encore faut-il qu'elle y réside dans l'intention de s'y établir (art. 23 Ccs). Le simple dépôt de ses papiers ne suffit pas (51), de même que le fait d'y avoir été mise sous curatelle (52). En aucun cas, l'intention d'introduire une action en divorce au lieu de sa résidence ne remplit les conditions de l'art. 23 Ccs (53). Le domicile distinct suppose que le lien conjugal est maintenu ; mais tel n'est pas le cas lorsque la femme ne tend pas à se créer une existence indépendante dans le cadre d'une séparation de fait — par rapport à la séparation de droit constituée par le divorce ou la séparation de corps —, mais lorsqu'elle envisage d'emblée la dissolution du lien conjugal et ne considère la vie séparée que comme une étape vers la liberté absolue de résidence, liberté à laquelle elle aspire par le divorce. Un tel domicile constitué librement d'avance en vue d'y introduire l'action en divorce n'est que provisoire et conditionné par la durée du procès, il n'est donc nullement inspiré de l'intention exigée à l'art. 23 Ccs (54). En effet, le domicile distinct au sens de l'art. 25 al. 2 Ccs implique une situation stable, sinon l'épouse décidée au divorce obtiendrait ainsi la faculté de déterminer à sa guise le for de l'action en divorce, vu que les conditions d'un domicile séparé sont souvent données, dans la plupart des cas, avant l'introduction de l'instance déjà. Il appartient donc à l'épouse de fournir la preuve des éléments requis à l'art. 23 Ccs (55), en justifiant notamment de relations très étroites avec le lieu de sa résidence (56).

On a essayé d'argumenter que certes la faculté de vivre séparé n'est pas subordonnée à une autorisation du juge, mais que, par contre, l'épouse désireuse de se créer un domicile distinct au sens de l'art. 25 al. 2 Ccs doit y être autorisée expressément par le magistrat.

(50) SJZ 12/234 n° 190 ; 34/301 n° 55. ATF 54 I 108. — (51) SJZ 12/234 n° 190. — (52) SJZ 39/95 n° 46. — (53) ATF 64 II 396. — (54) ATF 42 I 140. — (55) ATF 41 I 459. — (56) BIZÜR 16 n° 148.

Ces deux notions sont toutefois inséparables : la faculté de vivre séparé implique nécessairement la faculté de se constituer un domicile distinct. Le Tribunal fédéral (ATF 64 II 396) a réfuté cet argument parce que dénué de tout fondement.

6. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à admettre que la faute éventuelle d'un époux ne restreint en rien la faculté de se constituer un domicile séparé (57). Cette faute ne sera examinée qu'au cours du procès en divorce subséquent.

7. Enfin, l'époux vivant séparé et qui ne peut justifier de circonstances de nature à motiver la cessation de la vie commune au sens de l'art. 170 al. 1 Ccs ne peut se prévaloir de l'al. 2 du dit article qui stipule que chacun des époux a le droit, après l'introduction d'une demande en divorce, de cesser la vie commune pendant la durée du procès. En effet, l'action en divorce doit avoir été intentée au préalable pour que cette disposition puisse être invoquée. Elle ne saurait donc influencer en quoi que ce soit la détermination du for de l'action en divorce, sinon l'art. 144 Ccs de même que l'art. 25 Ccs concernant le domicile légal de la femme deviendraient illusoires (58), puisque celle-ci pourrait ainsi se constituer un for à sa guise. Une séparation en vertu de l'art. 170 al. 2 Ccs peut toutefois créer un for de divorce pour une action indépendante intentée par la femme après le retrait de l'instance introduite tout d'abord par le mari (59).

8. On doit admettre enfin que l'art. 144 Ccs est d'ordre public et que les parties ne peuvent, par un accord préalable, désigner un autre for que celui qui est fixé par la loi (60). Toutefois, on pourrait se demander si le législateur n'entendait pas, en créant l'art. 144 Ccs, faciliter à l'époux instant au divorce la poursuite de ses droits en lui laissant la faculté d'introduire son action soit à son propre domicile soit à celui de son conjoint. La question revêt une importance particulière du fait que la femme peut, aux termes de l'art. 170 al. 1 Ccs, se constituer un domicile distinct.

La Cour Suprême du canton d'Argovie (61) a admis que l'action en divorce peut être intentée au for de la partie défenderesse. Les arguments invoqués dans cet arrêt assez récent — il date du 21 février 1939 — sont certes pertinents. En effet, la Cour en question a prononcé que le for de l'art. 144 Ccs doit être considéré comme exclusif pour autant que l'action peut être portée devant le juge du domicile de l'un des époux. La ratio legis de la disposition en question nous en fournit l'explication :

a) Au regard de l'art. 158 al. 1 Ccs qui ordonne au juge d'examiner d'office s'il existe réellement un motif de divorce, le lé-

(57) SJZ 31/119 n° 106. — (58) BIZÜR 15 n° 203. — (59) SJZ 11/8 n° 2. — (60) SJZ 12/392. — (61) SJZ 36/193 n° 34.

gislateur n'entendait reconnaître qu'un Juge qui soit familiarisé, tout au moins en fonction du lieu, avec les conditions de vie de l'un ou l'autre des époux. Sans contredit, l'ordre public est intéressé à ce postulat ; il exige, par conséquent, que l'action soit introduite au for du domicile de l'une des parties. En ce sens, l'art. 144 Ccs peut être considéré comme une disposition de droit impératif déterminant le for de façon exclusive.

b) En revanche, le législateur n'entendait pas, par opposition à la législation antérieure, contraindre un époux à porter son action devant le tribunal du domicile du défendeur, parce qu'ainsi le mari, ou dans certains cas la femme, pourrait, le cas échéant, en abandonnant son domicile pour s'en constituer un nouveau ailleurs, compromettre dans une large mesure l'action que son conjoint veut lui intenter. Chaque époux doit avoir le droit d'actionner l'autre à son domicile ; mais il ne s'agit que d'un droit auquel il lui est partant loisible de renoncer. L'ordre public ne saurait être intéressé à une telle renonciation. Le for du domicile du défendeur est d'ailleurs la règle. Il n'y a aucune raison à ce que le tribunal du domicile du défendeur se déclare incompétent alors que ce dernier reconnaît lui-même ce for par acceptation tacite ou par convention expresse. Il convient toutefois d'ajouter que l'on ne saurait entrevoir une acceptation tacite dans le fait que le défendeur présente son mémoire de réponse dans la procédure qui lui est intentée à son propre domicile ; un tel acte n'est dû qu'aux exigences de la procédure et n'implique pas cette déduction (62).

Mais cet avis n'est pas partagé par la jurisprudence ; la Cour de justice du canton de Genève (63) et surtout le Tribunal fédéral (64) s'y opposent notamment. Ce dernier dit en substance : même qu'elle aurait des doutes sur l'existence de son domicile distinct, la femme qui vit séparée de son époux et qui se croit au bénéfice de l'art. 170 al. 1 Ccs n'a pas la ressource d'intenter le procès au for de son conjoint ; elle ne peut ouvrir action qu'à son domicile, c'est-à-dire, suivant le cas, au lieu de sa résidence propre ou au domicile de son mari. Le Tribunal fédéral est resté fidèle à cette jurisprudence.

9. La stipulation de l'art. 144 Ccs relative au for de la partie demanderesse peut donner lieu, eu égard à la faculté de l'épouse de se constituer un domicile distinct, à des conflits de compétence tant positifs que négatifs. En effet, la femme vivant séparée de son mari s'expose dans les deux éventualités qui lui sont offertes à une exception d'incompétence. Un conflit négatif surgira lorsque d'une part le tribunal du domicile du mari estime que les conditions de l'art. 170 al. 1 Ccs sont données et qu'en conformité avec la jurisprudence du Tribunal fédéral citée plus haut (65) la femme ne saurait intenter son

(62) ATF 42 I 140. — (63) SJZ 32/85 n° 58. — (64) ATF 53 I 55. — (65) ATF 53 I 55.

action au for du défendeur, et lorsque d'autre part le tribunal du lieu de résidence de la femme nie l'existence de circonstances objectives considérées par la loi comme de nature à justifier la dissolution de la vie commune. Ces cas sont plutôt rares ; plus fréquents seront par contre les conflits de compétence positifs en ce sens que les deux tribunaux saisis chacun d'une demande en divorce émanant du mari, respectivement de la femme, se déclarent compétents pour statuer sur la demande. Le Tribunal fédéral s'est occupé de trancher la question et a créé, au cours d'une jurisprudence constante, le for du juge le premier saisi (66) et le for de connexité (67).

Un conflit de compétence positif naît déjà lorsque deux tribunaux sont saisis à la fois de la même cause ; il n'est pas nécessaire qu'il soit intervenu de part et d'autre un jugement définitif (68). A défaut d'une disposition de droit fédéral à ce sujet, le Tribunal fédéral a admis que la priorité revient dans ce cas au tribunal qui a été saisi le premier de la demande en divorce et qui devient, par là, seul compétent à statuer également sur la demande introduite après coup à un autre for. Ce for doit être considéré comme un for de droit fédéral. A cet effet, le Tribunal fédéral reprend la notion de la litispendance pour désigner l'action introduite la première. La détermination de la litispendance est toutefois laissée aux cantons, comme nous l'avons vu lors de l'examen de la durée des mesures provisoires ; là aussi, le Tribunal fédéral créait une notion de droit fédéral de l'introduction de la demande basée sur la litispendance, tout en laissant le soin aux cantons de fixer le moment à partir duquel celle-ci court (69).

Ce principe de la priorité de la demande introduite en premier lieu répond à une nécessité. En effet, on ne saurait tolérer qu'une action en divorce puisse être introduite par chacun des époux à un for différent. Il est vrai qu'il ne s'agira effectivement que très rarement de la même action, que l'on ne peut, de ce fait, invoquer l'exception de la litispendance au sens strictement juridique. L'un des époux fondera, par exemple, son action sur l'adultère et alléguera les faits y relatifs, alors que l'autre se prévaudra de l'incompatibilité d'humeur. Toutefois, la question que le tribunal aura à trancher reste la même : existe-t-il un motif susceptible de justifier le divorce ou non ? En outre, les deux actions tendent à la dissolution du même mariage. S'il n'y a donc pas toujours identité de faits, celle-ci existe tout de même en droit, circonstance qui suffit amplement à réunir les deux actions en une seule procédure (70) en ce sens que le for du domicile de l'un des époux devient nécessairement caduc, dès que l'autre époux a fait usage de son droit d'intenter l'action à son propre for. Il s'agit, en l'occurrence, d'une attraction de for due aux relations très étroites, voire inséparables entre les deux actions. Cependant, l'exception de litispendance ne saurait être recevable. L'époux qui intente son action à

(66) ATF 42 I 140 ; 74 II 68. — (67) ATF 64 II 182. — (68) ATF 42 I 140.
— (69) Voir § 29, — (70) ATF 74 II 68.

un autre for que celui déjà créé par son conjoint n'entend en effet pas simplement requérir le divorce, mais aussi contester à son conjoint le droit d'ouvrir action. La création d'un for commun se justifie donc au vu non seulement des principes généraux de la procédure, mais aussi de la réglementation des motifs de divorce dans le droit matériel. Il serait, en effet, contraire à l'esprit et à la lettre de l'art. 144 Ccs que chacun des époux puisse introduire son action indépendamment de celle déjà introduite par son conjoint. Seul le for de connexité (*Gerichtsstand des Sachzusammenhanges*) — qui concorde avec le for du juge le premier saisi qui, lui, se justifie *ratione loci* — est capable d'assurer une instruction objective et rationnelle de l'action en divorce intentée de part et d'autre ; il comble en même temps une lacune du droit fédéral et évite que soient prononcés entre les mêmes époux deux jugements inconciliables. L'époux ainsi privé de l'avantage — certes notable — d'introduire son action à son domicile se verra réduit à la porter devant le juge déjà saisi de l'action de son conjoint et d'y formuler des conclusions reconventionnelles. En cas de retrait de l'instance ou de rejet des conclusions principales, ce for perd sa raison d'être et le défendeur reconventionnel devra être renvoyé devant le tribunal de son domicile. Les dispositions cantonales contraires doivent céder le pas à cette disposition de droit fédéral (p.ex. Berne, CPC art. 33 qui stipule que le juge demeure compétent pour connaître de la demande reconventionnelle même si l'action principale s'éteint pour un motif quelconque).

La jurisprudence des cantons (71) a admis ce for malgré les conséquences qu'il peut avoir dans les relations intercantionales. En effet, en vertu de cette jurisprudence du Tribunal fédéral, un tribunal devra souvent se dessaisir en faveur d'un autre sis hors du canton ; on peut dès lors imaginer aisément avec quelle circonspection un tel dessaisissement aura lieu. Il sera certes loisible au tribunal en question de nier l'existence de circonstances justifiant un domicile séparé et de refuser, par conséquent, à l'épouse vivant hors du canton d'y ouvrir action ; mais encore faut-il qu'il ait la compétence de statuer sur cette question, ce qui paraît fort douteux ; seul le tribunal devant lequel la demande de la femme aura été portée semble qualifié pour se prononcer là-dessus.

Le principe de la priorité de la demande introduite en premier lieu aboutira dans bien des cas à une compétition regrettable entre époux. Ce sera à qui introduira en premier son action. Ce principe est pourtant indispensable pour trancher les conflits de compétence qui pourraient surgir. Il exige toutefois que l'introduction de la demande ait eu lieu dans les formes que prescrit la procédure applicable ; l'avantage que s'est assuré une des parties en abrégant illégalement la procédure ne peut être pris en considération (72). Cette question revêt de l'importance lorsque les actions respectives des conjoints sont intentées dans des cantons qui prescrivent la tentative

(71) ZBJV 74/152. SJZ 19/328 n° 282. — (72) ATF 72 II 323.

de conciliation. Si cette dernière n'entraîne pas la litispendance (73), l'époux décidé à prévenir son conjoint ne pourra négliger cette formalité, même avec la complicité du juge, et déposer tout de suite son mémoire de demande au tribunal compétent au fond (74). Le Code de procédure civile bernois (75) prévoit notamment qu'il peut être dispensé du préliminaire de conciliation s'il est à craindre qu'un droit ne s'éteigne par l'expiration d'un délai de prescription ou de péremption ou d'un délai légalement fixé ; or, on ne saurait prétendre que le fait de devoir céder la priorité à l'action de l'autre époux puisse être interprété comme une extinction de droit au sens de cette disposition, et que la citation en conciliation devienne de ce fait facultative. De même, l'art. 145 al. 2 du dit Code de procédure civile n'entend pas donner au juge instructeur la faculté de supprimer volontairement la tentative de conciliation en ordonnant la signification de la demande ; la conciliation n'est plus nécessaire seulement lorsque ce même juge ne s'est pas aperçu de l'absence de cette formalité. La suppression de la tentative de conciliation doit être d'autant moins tolérée qu'elle revêt, en procédure de divorce, une importance toute particulière.

En outre, la jurisprudence du Tribunal fédéral tendant à accorder, en cas de conflit de compétence, la priorité à l'action pendante en premier lieu comporte certaines rigueurs, notamment pour les époux qui veulent introduire leur action dans le canton de Zurich, rigueurs que le Tribunal fédéral s'est vu contraint de relever. En effet, le Code de procédure civile zurichois (76) oblige un époux à attendre qu'il se soit écoulé huit semaines dès la tentative de conciliation pour pouvoir saisir le tribunal. Or, comme la litispendance ne court que dès le dépôt de la demande (77), l'époux en question risquera dans la plupart des cas d'être prévenu par son conjoint qui, intentant son action dans un autre canton, ne sera pas soumis à ce délai (78). Le Tribunal fédéral (79) avait déjà envisagé en d'autres circonstances la possibilité de considérer la citation en conciliation comme l'acte déterminant la priorité. Toutefois, une telle mesure ne se justifiait pas, de l'avis de la plus haute juridiction fédérale, parce qu'il aurait fallu créer une notion de la litispendance valable pour tout le territoire de la Confédération, notion qui aurait nécessairement dérogé aux dispositions de droit cantonal et provoqué de nouvelles complications. Dans un arrêté publié récemment (80), le Tribunal fédéral a maintenu sa jurisprudence, non sans soulever cependant à nouveau la question. Il a admis que l'on ne saurait entrevoir un abus de droit dans le fait qu'un époux se prévaut de la priorité de sa demande, alors que son conjoint domicilié dans un autre canton, en l'occurrence dans le canton de Zurich, aurait été le premier à citer en conciliation, mais aurait été empêché de se mettre au bénéfice de la litispendance par l'effet

(73) Par exemple dans les cantons de Berne, Valais, Zurich, St-Gall, Thurgovie et Lucerne. Voir à ce sujet § 24. — (74) ATF 64 II 323. — (75) Art. 144. — (76) § 254. — (77) § 121 et 130 al. 2. — (78) ZBJV 74/152. — (79) ATF 64 II 323. — (80) ATF 74 II 68.

d'une disposition du code de procédure civile qui lui impose un délai de huit semaines avant de l'autoriser à déposer sa demande. Pour remédier à cette situation, le Tribunal entrevoit deux solutions. La première consiste précisément à considérer la citation en conciliation comme le moment fixant la priorité de l'action de celui des époux qui aura requis le premier l'intervention du juge. Mais cette solution ne semble guère avoir tenté le Tribunal fédéral, d'ailleurs comme par le passé. L'interdiction de tolérer deux procès différents entre les mêmes époux n'est qu'un cas particulier de l'exception de litispendance et cette dernière doit seule être déterminante ; l'opinion inverse tendant à reconnaître un moment antérieur serait contraire à la ratio legis de la disposition du code de procédure civile zurichois instituant le délai de huit semaines ; celui-ci ne tend, en effet, nullement à favoriser l'ouverture du procès, mais au contraire à l'éloigner, voire même à la rendre superflue.

La seconde solution préconisée par le Tribunal fédéral consisterait à obliger l'époux actionnant son conjoint domicilié dans le canton de Zurich — et qui aurait obtenu le premier la tentative de conciliation — à respecter également le délai imposé à celui-ci, même si la procédure de son canton de domicile ne connaît pas une telle mesure. Une prescription de droit fédéral de ce genre empièterait certes trop sur le domaine réservé aux cantons, même si elle ne consistait qu'à refuser, dans le cas particulier, la priorité acquise dans un autre canton en violation de cette prescription.

Toutefois le Tribunal fédéral n'estime pas que ces inconvénients surgissant en cas de domicile des époux dans différents cantons soient de nature à exiger de façon impérative une ingérence du droit fédéral dans la procédure cantonale. Le canton de Zurich en est réduit à rechercher par la voie de la législation ou du concordat l'adaptation de la disposition en question aux relations intercantionales, pour autant qu'il en éprouve la nécessité.

10. En dernier lieu, il convient d'examiner les rapports qui pourraient exister entre les mesures protectrices de l'union conjugale ordonnées préalablement à l'introduction de la demande en divorce d'une part et le for de cette action d'autre part.

Le Tribunal fédéral (81) a admis que la femme peut se constituer un domicile distinct même si, auparavant, ce droit lui avait été refusé en ce sens qu'une demande présentée en vertu des art. 169 et 170 Ccs et tendant à obtenir cette autorisation aurait été écartée. En effet, le juge de son domicile effectif n'est nullement lié par une telle ordonnance ; il peut, s'il est saisi d'une demande en divorce introduite par la femme, examiner la question du domicile distinct de façon indépendante et, le cas échéant, y répondre affirmativement en vue d'admettre sa compétence pour statuer sur la demande qui lui est présentée.

(81) ATF 41 I 459 ; 54 I 108.

La question est différente lorsque la mesure ordonnée en vertu de l'art. 169 Ccs consiste en un ordre formel enjoignant à la femme de réintégrer le domicile conjugal (82). Cette compétence du juge est analogue à celle de l'autorité tutélaire ou du juge statuant en vertu de l'art. 156 Ccs (83) ; il s'agit d'une assistance qui tend au maintien de l'union conjugale. Le devoir du juge ne se borne pas à constater si les revendications de l'époux sont fondées (84) ; au contraire, il est sollicité de prêter son aide et de rendre attentif à ses devoirs l'époux oublieux. Au cas où une telle admonestation serait sans effets, il est légitimé à prendre les mesures que peuvent exiger les circonstances ; ces mesures ont un caractère constitutif et revendiquent à ce titre une autorité absolue. Cette autorité leur revient, en outre, — du fait que la compétence du juge découle du Code civil — sur tout le territoire auquel s'étend le droit fédéral, par analogie à l'unité régnant dans toute la Suisse en matière de poursuite (85) ; elle dure, en règle générale, aussi longtemps que ces mesures n'auront pas été rapportées expressément (86). La conséquence en est que le juge saisi d'une demande en divorce au domicile séparé de la femme devra reconnaître une telle ordonnance et se dessaisir au profit du for du domicile du mari.

Cette jurisprudence peut paraître sévère lorsque le juge qui aura statué sur la demande de mesures protectrices de l'union conjugale n'aura pas examiné à fond s'il était réellement indiqué d'ordonner à la femme de réintégrer immédiatement le domicile conjugal, ou lorsqu'il aura notamment omis préalablement de rappeler à l'épouse ses devoirs conjugaux. Le Tribunal fédéral s'est vu contraint, par la suite (87), de réviser son point de vue précisément à cause des conséquences fâcheuses qu'il pourrait entraîner. Il a, de ce fait, admis qu'une ordonnance rendue en vertu de l'art. 169 Ccs qui ordonne à la femme de réintégrer le foyer conjugal ne peut être prise en considération lors de la détermination du for d'une action en divorce subséquente que lorsque la femme aura été entendue au préalable et que lorsque cette mesure ne constitue pas une simple formalité précédant l'ouverture de l'action en divorce pour abandon malicieux (88). Ces deux conditions impliquent que la question du domicile séparé aura été examinée à fond et que l'ordonnance en question n'aura pas été rapportée entre temps ou infirmée par des circonstances nouvelles.

En appliquant strictement la jurisprudence du Tribunal fédéral qui, d'une part, fixe le for des mesures protectrices de l'union conjugale au domicile de la partie requérante (89) et, d'autre part, exige que ces mesures soient rapportées expressément (90), on peut se demander enfin si le juge du domicile de la femme vivant séparée peut rapporter une ordonnance de mesures protectrices rendue par le juge du domicile du mari. Cette question a été tranchée par la Cour suprême

(82) ATF 47 I 423. — (83) ATF 42 I 335. — (84) Egger, n° 4 ad art. 169. — (85) ATF 29 I 445. — (86) ATF 42 I 97. — (87) ATF 54 I 108. — (88) Art. 140 al. 1 Ccs. — (89) Cf. § 18. — (90) ATF 42 I 97.

me du canton de Berne (91) en ce sens que tel ne saurait être le cas, vu que le juge saisi de la requête de la femme n'est nullement autorisé de recours par rapport au juge saisi en premier lieu. La dite Cour admet toutefois qu'il est loisible au juge du domicile de la femme de prendre de nouvelles mesures qui abrogeront de facto les premières. La question est donc plutôt oiseuse.

11. La détermination du moment fixant le for ne présente aucune difficulté par rapport à la procédure ordinaire ; il appartient au droit cantonal de le désigner. Ce sera tantôt la citation en conciliation, tantôt l'introduction de la demande. En règle générale, ce moment concordera avec celui de l'acte judiciaire provoquant la litispendance (Leuch p. 36). Toutefois, la citation en conciliation est censée déterminer le for dans quelques cantons (Zurich CPC § 19, St-Gall CPC art. 55, Thurgovie CPC § 20) quand bien même celle-ci n'entraîne pas la litispendance (voir Lutz, SJZ 27/114). En ce sens, il conviendrait de faire la distinction entre ces deux notions. Ceci implique, par conséquent, que l'examen de la compétence dont il sera question plus bas devra s'effectuer lors de la tentative de conciliation déjà, examen qu'exigent d'ailleurs aussi les autres procédures connaissant la tentative de conciliation, mais n'attribuant pas à celle-ci le pouvoir d'engendrer la litispendance (Berne CPC art. 144). La compétence à raison du lieu telle qu'elle est donnée au moment de l'introduction de la demande subsiste, même si les conditions auxquelles elle est subordonnée ne se trouvent plus être remplies (ZBJV 79/281, voir en outre Stauffer p. 23 ss).

§ 33. Examen de la compétence.

Nous avons vu que le for des mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs se déterminait d'après l'art. 144 Ccs sur le for de l'action en divorce. Nous avons également vu qu'il fallait tout de même faire la discrimination entre la compétence ratione loci pour l'action en divorce et celle pour les mesures provisoires. Cette discrimination s'explique aisément après que nous ayons vu à quelles difficultés la détermination du for de l'action principale pouvait conduire. Pour autant que, d'une part, le tribunal devant lequel une action en divorce aura été portée, s'estime compétent, et que, d'autre part, l'époux défendeur n'oppose pas le déclinatoire ou n'intente pas lui-même une action en divorce à un autre for, on peut admettre sans restriction le principe selon lequel le juge compétent pour statuer sur le fond est seul compétent à ordonner les mesures provisoires en vertu de l'art. 145 Ccs. Quant à vouloir donner à ce principe une valeur absolue et à l'étendre à tous les autres cas, les opinions sont partagées (92).

(91) ZBJV 27/77. — (92) Pro : BlZür 15 n° 203. SJZ 12/234 n° 190. Egger n° 2 ad art. 145. Gmür, n° 10 ad art. 145. Contra : BlZür 14 n° 5. SJZ 11/83 ; 12/374 et 18/90. Stauffer, p. 57 ss.

Les dispositions que le magistrat est appelé à prendre au début du procès en divorce revêtent, de par leur nature, un caractère d'urgence accentué. Il s'agit d'assurer, sans délai, pour la durée de l'instance, la tranquillité personnelle des conjoints, d'éviter aux enfants le spectacle pénible et démoralisant de la désunion de leurs parents et de donner aux uns et aux autres le moyen de subsister. Ce but ne peut être atteint que par une procédure rapide et sommaire. Or, la stipulation de l'art. 144 Ccs en corrélation avec l'art. 170 al. 1 Ccs implique nécessairement que le juge est obligé d'instruire déjà, pour la détermination du for, sur les causes de la séparation de fait. En ce sens, l'art. 144 Ccs relatif au for de la partie demanderesse n'a pas constitué un progrès sur l'ancien droit qui ne connaissait que le for du domicile du mari. Aussi le vœu a-t-il été émis que le for du domicile de la femme ne devrait être admis que lorsque celui du mari est inconnu ou inatteignable (93).

Dès l'entrée en vigueur du Code civil, la jurisprudence des cantons s'est divisée en deux camps. Les uns déclaraient le juge du divorce seul compétent pour statuer sur une demande de mesures provisoires, tandis que les autres admettaient la compétence du juge saisi sans qu'il y ait lieu de liquider au préalable la question de la compétence à raison de l'art. 144 Ccs.

La première opinion a été représentée d'une manière constante par les tribunaux argoviens (94) ; les tribunaux zurichois s'y sont aussi ralliés en partie (95). Même le Tribunal fédéral semble l'avoir adoptée dans des circonstances particulières (96), notamment lorsqu'il subsistait de sérieux doutes au sujet de la compétence du Tribunal saisi et que des mesures protectrices de l'union conjugale, ordonnées préalablement, étaient censées parer aux dangers créés par l'introduction d'une demande en divorce. Les tribunaux zurichois (97) avaient choisi un compromis en ce sens qu'il fallait soit admettre à tout prix la compétence du juge saisi, soit autoriser les époux instants au divorce à requérir, malgré la litispendance, des mesures protectrices de l'union conjugale.

La seconde opinion s'appuie entre autre sur le commentaire de Rossel (98) qui dit en substance que le juge compétent sera celui devant lequel la demande aura été portée. Les tribunaux zurichois (99), thurgoviens (100) et vaudois (101) lui sont restés fidèles. Certains tribunaux l'ont admise sans restriction lors de divorces d'époux étrangers domiciliés en Suisse et ayant porté leur action devant un tribunal suisse, même si la compétence de ce dernier paraissait douteuse (102). La Cour d'Appel du canton de Fribourg (103) exige en plus que la demande soit réellement portée devant le tribunal pour que

(93) ZSR n.F. 48/45 a. — (94) SJZ 12/234 n° 190. — (95) BIZÜR 15 n° 203. — (96) ATF 64 II 396. — (97) SJZ 12/96 n° 57. — (98) p. 253. — (99) BIZÜR 14 n° 5. — (100) SJZ 11/83 n° 25. — (101) SJZ 12/374 et 18/90. Voir également art. 403 CPC vaudois. — (102) Ainsi Vaud SJZ 12/374 ; Tessin SJZ 23/185 n° 141 ; Genève SJZ 27/184 n° 135. — (103) SJZ 19/328 n° 282.

celui-ci devienne compétent, un simple exploit assignant l'autre conjoint devant le magistrat ne pouvant être assimilé à une demande de divorce.

Une telle conception ne peut guère être déduite du texte de l'art. 145 Ccs lui-même, comme l'a admis le Tribunal cantonal vaudois (104) en prétendant que, lors donc qu'une demande est produite, et même si le tribunal devait être incompétent pour connaître du procès au fond, le président doit prendre les mesures commandées par les circonstances. Mais cette solution se justifie au regard de la nature spéciale des mesures provisoires en cas de divorce. On ne conçoit pas, en effet, que la partie instante aux mesures provisoires doive attendre le jugement sur déclinatoire pour obtenir qu'il soit pris des mesures urgentes pour son entretien ou celui de ses enfants. Il convient de plus d'observer que ces mesures n'ont qu'une portée transitoire et que les effets d'une ordonnance y relative cessent dès le moment où le jugement au fond est définitif.

Les règles sur le for de l'action en divorce ne sont guère conçues de telle façon à exclure d'entrée tout doute. Notamment la femme vivant séparée s'expose dans tous les cas à une exception d'incompétence (105). Or, si en procédure ordinaire, les complications, les longueurs et les frais qu'entraînent l'instruction et le jugement de l'incident ne présentent, en général, pas d'inconvénients majeurs pour les parties, il est clair qu'on ne peut demander à l'instant aux mesures provisoires d'attendre la solution définitive de l'exception. On doit observer, de plus, que les motifs objectifs de constitution d'un domicile distinct se confondent très souvent avec les griefs invoqués à l'appui de la demande en divorce elle-même. L'examen approfondi du problème du for entraînerait, par conséquent, le juge sur le terrain du litige au fond. Saisi d'une requête urgente en mesures provisoires, le magistrat se trouve dès lors fréquemment placé devant le dilemme suivant : ou bien procéder à une instruction complète de la question de compétence et surseoir jusque-là, quelles qu'en puissent être les conséquences, à toute décision sur l'entretien de la femme et sur la garde des enfants — ou bien limiter cette instruction à une étude sommaire des éléments de preuve à sa disposition, ou même exclure une telle instruction, au risque d'admettre à tort sa compétence. La seconde solution doit être préférée, vu l'objet particulier et la nature spéciale du litige. Les inconvénients d'une distraction de for apparaissent, sans aucun doute, inférieurs à ceux qui résulteraient de longs retards apportés dans la décision à prendre.

Il convient, en outre, de considérer que le Code civil donne à chacun des époux le droit de cesser la vie commune sitôt après l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps (art. 170 al. 2 Ccs) et que l'art. 160 al. 2 in fine Ccs consacre l'obligation du mari de pourvoir à l'entretien de sa femme. Le droit de cette dernière d'exiger, si elle en a besoin, des aliments de son époux pour la

(104) SJZ 12/374 n° 326. — (105) ATF 53 I 55.

période de litispendance découle dès lors du dépôt de la demande en justice et de la faculté qui en résulte de se créer une demeure distincte. Or, cette faculté n'est point subordonnée à une permission expresse du magistrat. Elle existe du seul fait de l'introduction du procès, quand bien même le juge saisi ne serait pas compétent (106). L'autorisation générale et illimitée, donnée à chacun des époux de se séparer immédiatement après l'ouverture de l'action tend, en effet, à prévenir le trouble que cet acte provoque fatalement dans les relations des conjoints, trouble dont l'intensité ne dépend d'aucune manière du point de savoir si l'action est ou non portée devant l'instance compétente. Or, il y aurait contradiction à ce qu'une demande en divorce mal introduite puisse entraîner, de plein droit, la séparation de fait des conjoints, et qu'elle n'ait pas, en même temps, pour conséquence d'obliger le mari à subvenir, selon ses facultés, à l'entretien de la femme. Pour ce second motif également, on doit, par conséquent, admettre que le juge saisi de l'action en divorce est compétent pour prendre, dans le cadre de l'art. 145 Ccs, les mesures qui lui paraissent s'imposer.

Il n'existe, dans le droit matériel, aucune disposition subordonnant la compétence du juge pour prendre des mesures provisoires à un examen préalable de sa compétence pour statuer sur le fond. La possibilité donnée aux époux de requérir des mesures protectrices de l'union conjugale jusqu'à droit connu sur la question de la compétence (107) est contraire au sens et à la lettre de l'art. 145 Ccs qui prévoit des mesures provisoires spéciales sitôt la demande introduite. Le Tribunal fédéral (108) a entrevu la nécessité d'admettre la règle selon laquelle toute autorité judiciaire saisie d'une demande en divorce a qualité pour prendre les mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs. Il a toutefois jugé à propos d'atténuer ce principe — qui, appliqué strictement, aurait donné lieu à des abus indésirables, — en ajoutant qu'il n'est pas applicable lorsque l'incompétence de cette autorité résulte d'emblée des éléments dont elle dispose. Le juge saisi d'une action en divorce, puis d'une requête basée sur l'art. 145 Ccs ne doit donc pas entrer sans autre en matière sur la demande de mesures provisoires. Il doit, au contraire, examiner si, des pièces déposées et des explications recueillies, il ne résulte pas que la partie demanderesse s'est adressée à un for incompétent. Si la faculté de la femme de se constituer un domicile distinct paraît douteuse, le juge saisi d'une demande de cette dernière n'est pas tenu, en revanche, de se dessaisir si sa compétence n'est pas exclue d'emblée et si cette opinion peut être raisonnablement défendue. Il s'agit là d'une compétence du juge saisi en fonction du rôle qu'il joue dans la procédure en divorce. Cette compétence découle donc avant tout de la procédure et il n'y a lieu de déroger au principe posé par le Tribunal fédéral que lorsque un for est constitué de façon manifeste in fraudem legis (Stauffer p. 60).

(106) Stauffer, p. 60. — (107) BIZÜR 16 n° 148. SJZ 12/96 n° 57. — (108) ATF 53 I 55.

Cette jurisprudence est justifiée ; le Tribunal fédéral s'y est tenu de façon conséquente (109). Les cantons s'y sont ralliés également ; une tendance à exclure tout examen de la compétence s'est toutefois manifestée lorsque les faits invoqués par la femme pour justifier de son domicile séparé se couvrent avec les motifs de divorce (110), un examen sommaire comportant, dans ces conditions, le risque d'une fausse application de la loi.

Ce principe établi par le Tribunal fédéral une fois admis, il convient d'en définir la portée. L'examen sommaire de la compétence auquel il y a lieu de procéder avant d'entrer en matière sur une requête de mesures provisoires implique la connaissance de la jurisprudence relative à l'art. 144 Ccs et des considérations qui en découlent. Aussi avons-nous jugé opportun de les rappeler au paragraphe précédent en estimant qu'un examen effectué sur ces bases peut être qualifié de suffisant. En effet, si le juge examine les faits tels qu'ils lui sont présentés à la lumière de ces considérations, on peut sans crainte admettre qu'il aura suffi au devoir qui lui incombe au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il est évident qu'un tel examen ne peut prétendre, du fait qu'il est restreint tant en fait qu'en droit, à une solution nécessairement juste. Il n'est pas non plus définitif, car il sera loisible, voire même prescrit au tribunal compétent au fond de statuer à nouveau sur l'incident en procédant à une instruction approfondie et à une étude plus poussée sur la question de fait. Or, le jugement incident peut arriver à un résultat diamétralement opposé à celui obtenu par le juge des mesures provisoires au cours de l'instruction sommaire qui lui est prescrite. Cette circonstance n'empêche toutefois pas que les mesures provisoires ordonnées par ce dernier déploient tous leurs effets jusqu'au jugement incident par lequel elles sont annulées de plein droit. En ce sens, la discrimination faite plus haut (111) entre le for de l'action principale d'une part et le for des mesures provisoires d'autre part est donc pleinement justifiée, car, selon la rigueur que l'on exige de l'examen de compétence, on peut déterminer le for respectif de façon différente, quand bien même cette détermination serait basée sur la même disposition, en l'espèce sur l'art. 144 Ccs.

La jurisprudence du Tribunal fédéral dont il est question en matière de for des mesures provisoires se justifie aussi pour d'autres raisons qui ne sont pas fondées uniquement sur des considérations d'ordre pratique. En effet, si l'on exigeait du juge saisi d'une requête basée sur l'art. 145 Ccs en même temps que d'une action en divorce, qu'il procède à un examen approfondi de la question du for, il devrait nécessairement, en cas d'incompétence, rendre un jugement incident pour se dessaisir de l'action au fond. Or, cette faculté n'entre pas dans ses attributions ; elle est réservée uniquement au tribunal appelé à statuer sur le fond, et comme dans la plupart des cantons le juge des mesures provisoires ne sera pas le même que celui du divorce —

(109) ATF 54 I 108 ; 64 II 396. — (110) SJZ 32/234 n° 45. — (111) Voir § 31.

en fonction de la compétence à raison de la matière —, on ne saurait tolérer qu'il prononce sur une question qu'il ne lui appartient pas de trancher (112).

En outre, si l'on voulait contraindre l'instant aux mesures provisoires à patienter jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le déclinatoire, on le priverait de la possibilité de requérir une mesure tendant à faire condamner l'autre époux à fournir une avance de frais de procès, de sorte que, le cas échéant, il ne pourrait s'opposer dûment au déclinatoire et risquerait de succomber sur cette question incidente. Enfin, on peut se demander à juste titre si un tel jugement incident ne passerait pas en force de chose jugée en ce sens que le tribunal compétent au fond serait lié par cette décision et ne saurait, par la suite, après un examen approfondi de la question du for, décliner sa compétence. Vouloir lier ainsi le juge de l'action principale serait contraire au but des mesures provisoires. Aussi le juge saisi après l'introduction de la demande en divorce d'une requête au sens de l'art. 145 Ccs n'a-t-il pas besoin de statuer par jugement incident sur sa compétence au cas où celle-ci semble donnée à première vue (113). Pour le cas où il s'estimerait quelquefois incompétent, sur la base des faits tels qu'ils ressortent du dossier, il sera loisible à la partie requérante de recourir contre cette décision ou de porter sa requête devant le juge compétent. Une telle décision ne lie donc pas le tribunal compétent au fond, mais il ne peut être entré en matière, dans ces conditions, sur la demande de mesures provisoires jusqu'à droit connu sur la question de compétence. L'époux menacé se voit ainsi privé, du moins pour un certain temps, de la possibilité de bénéficier de mesures provisoires. Il serait alors indiqué de parer aux dangers qui en résultent en prévoyant que le juge saisi en vertu de l'art. 145 Ccs puisse tout de même ordonner les mesures les plus urgentes, mesures qui deviendraient caduques de plein droit au moment où le déclinatoire devait aboutir.

Il reste, en dernier lieu, à examiner si le juge devant lequel une requête de mesures provisoires aura été portée doit procéder d'office à l'examen sommaire sur sa compétence que prescrit le Tribunal fédéral ou si, au contraire, il doit attendre que la partie contre laquelle les mesures sont requises, soulève le déclinatoire. Le Code de procédure civile vaudois (art. 90) prévoit expressément que le déclinatoire doit être prononcé d'office en cas de violation des dispositions du droit fédéral en matière de for. La jurisprudence, d'autre part, est unanime à admettre que le juge en question doit agir d'office (114) ; cette jurisprudence est d'ailleurs confirmée par le Tribunal fédéral (115). Ce principe ne découle pas directement de l'art. 158 Ccs ou de la procédure cantonale en matière de divorce, il résulte du fait que les règles concernant le for posées à l'art. 144 Ccs sont des dispositions de droit impératif dont le juge doit faire respecter l'application

(112) Stauffer, p. 60. — (113) SJZ 32/319. — (114) SJZ 39/95 n° 46 (Vaud) ; 32/85 n° 58 (Genève). ZBJV 47/416 (Berne). — (115) ATF 53 I 55.

sans que les parties puissent y déroger. Il implique nécessairement qu'en cas de défaut de la partie requise, quand bien même celle-ci aurait été citée légalement, les allégués de la partie instante aux mesures provisoires pour motiver la compétence du juge saisi ne sauraient être admis comme constants. Le juge doit néanmoins procéder à une courte instruction (116). Il ne faut toutefois pousser la rigueur dans l'examen des preuves à un point tel qu'il soit nécessaire d'étudier dans ce litige préliminaire tous les faits de la cause. D'ailleurs, le juge n'en a souvent pas la possibilité en raison de la restriction des preuves et du délai prévu pour leur administration (117).

§ 34. For indépendant des mesures provisoires.

En dehors des cas où le for des mesures provisoires se détermine d'après l'art. 144 Ccs concernant le for de l'action principale, la jurisprudence a créé un for indépendant pour les mesures provisoires. Il y a lieu de distinguer trois cas :

1. Quelques codes de procédure civile cantonaux (118) prévoient que les mesures provisoires peuvent être ordonnées lors même que le procès au fond n'est pas du ressort des tribunaux du canton respectif. Or, appliquée aux mesures provisoires en procédure de divorce et de séparation de corps, cette règle a permis au Tribunal cantonal vaudois (119) de conclure que les art. 144 et 145 Ccs n'excluent pas la compétence des tribunaux suisses pour ordonner les mesures provisoires en matière de divorce quand le procès au fond a été ouvert devant un tribunal étranger. Aux termes de cet arrêt, l'art. 145 Ccs vise uniquement le cas où l'action a été introduite devant un tribunal suisse. La disposition du CPC vaudois ne faisant aucune réserve quelconque, il n'y a pas de raison pour en exclure l'application dans le sens où les mesures provisoires sont requises au cours d'un procès ouvert devant un tribunal étranger.

Cette solution était certes indiquée dans le cas particulier du fait que le tribunal du divorce avait admis en principe la légitimité des mesures conservatoires ainsi que l'intervention qu'il avait même requise des autorités judiciaires vaudoises. En outre, cette solution respecte certes mieux la souveraineté cantonale et présente le plus de garanties pour la partie contre laquelle ces mesures sont requises, puisqu'elle lui fournit l'occasion d'une discussion devant le juge du lieu où ces mesures sont appelées à déployer leurs effets. Mais on ne saurait généraliser un tel cas. L'art. 50 CPC vaudois ne semble pas non plus se prêter aux conclusions que le Tribunal cantonal vaudois a tirées pour résoudre la question qui se posait. En effet, si les tribunaux

(116) SJZ 34/301 n° 55. — (117) Voir § 41. — (118) Vaud, CPC art. 70. Genève, LPC art. 25. Fribourg, CPC art. 197. — (119) SJZ 18/90 n° 76.

suisses sont compétents pour ordonner des mesures provisoires, lors même que l'action a été introduite en France, cette compétence découle plutôt de l'acte additionnel de 1935 complétant la convention franco-suisse (120). Cet acte a soumis les mesures provisoires aux règles de compétence du traité, en sorte que le juge étranger ne pourrait les ordonner (121) ; il prévoit d'une part que les jugements provisoires français ne bénéficient pas en Suisse des facilités d'exécution prévues par le traité et vice-versa, d'autre part que le juge incompetent quant au fond d'après le traité peut prendre des mesures provisoires. Il est dès lors hors de doute qu'un tribunal suisse a le droit d'ordonner des mesures provisoires dans un procès pendant entre Suisses en France, si la procédure cantonale lui donne cette faculté. Puisque tel est le cas pour la procédure vaudoise, l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois reste néanmoins justifié.

2. La Cour d'appel du Canton de Berne (122) a admis que le for des mesures provisoires, déterminé en application par analogie des principes régissant le for de l'action en divorce, peut être différent de ce dernier. En effet, nous avons vu (123) que le Tribunal fédéral a créé la notion du for de la demande introduite en premier lieu. Or, l'introduction de la demande étant désignée par le droit cantonal, il se peut fort bien qu'un époux ayant cité son conjoint en conciliation dans un canton où cet acte n'entraîne pas la litispendance, devra attendre d'avoir déposé sa demande avant de pouvoir requérir des mesures provisoires, alors que son conjoint pourra faire citer dans un autre canton et requérir immédiatement l'intervention du juge en vertu de l'art. 145 Ccs. Ici également, la priorité revient à la requête qui aura été introduite en premier lieu conformément à la procédure cantonale. Ceci n'empêchera toutefois pas le tribunal de l'autre canton, une fois saisi de la demande en divorce, d'admettre sa compétence quant au fond, et le tribunal du lieu où les mesures ont été prises de se dessaisir au profit de ce dernier, lorsqu'un examen approfondi de la compétence ou le principe de la priorité de la demande en divorce introduite en premier lieu l'y obligerait. Il s'agit donc, au sens de l'arrêt cité, de distinguer la priorité de la requête de mesures provisoires d'une part et la priorité de la demande au fond d'autre part. Le principe de la priorité de la requête selon l'art. 145 Ccs présentée en premier s'explique par l'exception de litispendance que peut soulever la partie qui aura requis des mesures provisoires à son domicile avant d'avoir introduit l'action principale dans un canton où cette possibilité lui est donnée, tandis que l'autre partie — qui aura dû attendre d'avoir déposé sa demande avant de requérir de telles mesures — bénéficiera, par contre, de la priorité de son action.

Au vu de la jurisprudence relatée lors de l'examen portant sur la question de l'introduction de la demande (124), nous ne pouvons

(120) De 1869. — (121) SJZ 34/56. — (122) ZBJV 74/152. — (123) Voir § 32. — (124) §§ 29 et 30.

cependant admettre une telle discrimination. Du fait que, d'une part, la litispendance détermine le moment où une action peut être considérée comme introduite — dès lequel des mesures provisoires peuvent donc être requises — et que, d'autre part, la priorité revient, au cas où l'action en divorce entre les mêmes époux serait introduite à deux endroits différents, à celle introduite en premier lieu, le for du juge le premier saisi sera nécessairement le même tant pour les mesures provisoires que pour l'action au fond. On ne peut donc parler ici d'un for indépendant pour les mesures provisoires. Seule la négation des conditions autorisant un époux à vivre séparé dans le cas particulier entraînera une distraction de for. C'est aussi sous ce point de vue-là que la Cour d'appel du Canton de Berne a envisagé finalement la solution du conflit de compétence qui lui était soumis. Toutefois, dans le cas particulier, la discrimination envisagée par la Cour bernoise n'était pas sans fondement. En effet, il s'agissait de trancher un conflit de compétence entre les juridictions bernoise et zurichoise. Or, nous avons vu (125) précisément que la législation zurichoise (de même que celle de St-Gall) admet la possibilité de requérir des mesures provisoires simultanément avec la citation en conciliation, alors même que cet acte ne détermine nullement la litispendance, tandis que la procédure bernoise ne considère l'action introduite qu'au moment du dépôt du mémoire de demande. Ainsi s'explique le fait que la Cour en question a admis que l'exception de litispendance de la requête portée préalablement devant le juge zurichois pouvait être opposée valablement à une requête de mesures provisoires présentée dans le canton de Berne, alors que la juridiction bernoise devenait, par la suite, seule compétente pour connaître de l'action au fond. Cependant, même dans ces conditions, il ne saurait être question d'un for spécialement conçu pour les mesures provisoires, car, au moment où les tribunaux bernois sont saisis de la demande principale et admettent leur compétence, l'ordonnance de mesures provisoires rendue à un autre for devenu incompétent en vertu du principe de la priorité, devient ipso jure caduque ; la litispendance de ces mesures ne peut donc plus déployer ses effets.

3. Enfin, nous trouvons dans la législation argovienne (§ 42 EG zum ZGB) une disposition aux termes de laquelle le for des mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs est déterminé par le domicile conjugal. Cette solution se rapproche des dispositions de l'ancienne loi sur l'état civil et le mariage qui ne prévoyait que le for du domicile du mari, et serait certes commode. Toutefois, elle ne saurait subsister à côté du droit fédéral — qui ne fixe d'ailleurs expressément aucune règle concernant le for — et de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui acquiert force dérogatoire au même titre que les lois fédérales.

(125) Voir note 11 de cette partie.

§ 35. For de l'action en modification d'un jugement en divorce.

Nous avons vu la nécessité de mesures provisoires après l'introduction d'une demande en modification d'un jugement en divorce. En nous fondant sur cette nécessité, nous avons admis l'applicabilité de l'art. 145 Ccs à cette procédure. Seule la question du for avait été laissée en suspens. Or, il importe de savoir devant quel juge la demande au fond devra être portée pour qu'il puisse être fait droit simultanément à une requête de mesures provisoires.

Une extrême diversité règne à ce sujet tant en doctrine qu'en jurisprudence. Toutefois on peut y discerner trois conceptions :

1. La première tend à entrevoir dans l'action en modification d'un jugement en divorce une action tout à fait indépendante régie, pour ce qui concerne le for, par l'art. 144 Ccs en ce sens que la demande devra être portée devant le tribunal du domicile de la partie demanderesse, et d'ailleurs du domicile au moment de l'introduction de la demande au sens du droit cantonal applicable. Certes, la question du domicile séparé ne joue ici aucun rôle, le jugement en divorce ayant dissous définitivement le lien conjugal et accordé de plein droit à l'épouse la faculté de se constituer un domicile où bon lui semblerait. Par contre, le danger que chacune des parties en cause intente en même temps action à l'autre à des lieux différents, existe autant qu'en procédure de divorce, de sorte qu'il faudrait envisager l'application par analogie du principe de la priorité valable pour cette dernière. En effet, les faits nouveaux prévus à l'art. 157 Ccs sont de nature à créer immédiatement une situation nouvelle et à déployer des effets assez préjudiciables aux intérêts des enfants. On conçoit dès lors l'empressement mis par les parties en cause à faire intervenir une modification du jugement en divorce pour adapter l'état de fait qui en résultait aux circonstances nouvelles.

Ce for est préconisé par la Cour suprême du canton de Soleure (126) et en doctrine par Stauffer (127).

2. La deuxième considère l'action en révision comme une suite de l'action en divorce et en attribue, par conséquent, la compétence au juge du divorce. Cette conception est très répandue dans les législations cantonales. Ainsi le for du divorce est prévu dans les cantons d'Argovie (128), St-Gall (129), Thurgovie (130), et Zurich (131), dans les deux derniers toutefois à titre alternatif. La jurisprudence des tribunaux vaudois (132) le prescrit lorsque la partie à laquelle l'action est ouverte a son domicile dans le canton. Cette jurisprudence est re-

(126) SJZ 12/267. — (127) p. 47. — (128) EG z. ZGB § 44. — (129) EG z. ZGB art. 69 (déclaré contraire au droit fédéral par le Tribunal cantonal de St-Gall, SJZ 20/119 n° 22). — (130) EG z. ZGB § 42. — (131) EG z. ZGB § 12. — (132) JT 1928 III 22.

prise dans la plupart des cantons (133). Elle trouve son appui dans le commentaire de Gmür.

Toutefois, le Tribunal fédéral (134) avait déjà fait remarquer la fragilité de l'argument d'ordre pratique en faveur du retour au premier juge. Les souvenirs de celui-ci n'ont pas grand poids en face de l'obligation pour le juge d'examiner à nouveau toute la situation, et souvent si le tribunal est le même, les juges ont changé. Par la suite, le Tribunal fédéral (135) a posé en principe qu'il est contraire au droit fédéral de déclarer le juge du divorce compétent pour statuer sur les actions en modification de l'attribution des enfants.

Encore faudrait-il préciser quelle instance sera appelée à statuer sur la nouvelle action lorsque le jugement de première instance aura été frappé d'appel. Seule la loi introductive du Ccs pour le canton de St-Gall (136) donne des précisions à ce sujet en désignant la dernière instance cantonale. Mais des conflits de compétence peuvent surgir lorsque les parties en cause ont, après le jugement en divorce, transféré leur domicile hors du canton dans lequel le jugement a été prononcé. La loi du nouveau domicile prescrivant le for du divorce, et celle du lieu où le divorce a été prononcé renvoyant au for du domicile de la partie demanderesse en vertu de l'art. 144 Ccs, on conçoit aisément les difficultés que peut rencontrer celui qui veut intenter une action en modification d'un jugement en divorce et requérir en même temps des mesures provisoires destinées à prévenir tout dommage (137). Sans parler de l'incertitude qui peut régner lorsque le jugement cantonal aura fait l'objet d'un recours en réforme au Tribunal fédéral et que celui-ci aura prononcé finalement le divorce et réglé les effets accessoires, ou encore en cas de recours partiel.

3. La troisième conception, enfin, est celle du Tribunal fédéral (138). Elle considère l'action de l'art. 157 Ccs comme une action nouvelle régie par les principes généraux en matière de for qui désignent le juge du domicile de la partie défenderesse. Cette règle a une portée générale et s'étend même à l'intérieur de chaque canton.

Le for du domicile de la partie défenderesse est prévu, en outre, dans les législations des cantons de Thurgovie (139) et de Zurich (140) à titre de for alternatif.

Les tribunaux ont admis cette règle seulement lorsque la partie défenderesse est domiciliée en Suisse. Si elle est domiciliée à l'étranger, on en revient au juge du divorce ou au juge du domicile du demandeur au moment de l'action (141). Enfin le Tribunal fédéral a reconnu la nécessité de cette dérogation au principe énoncé plus haut (142). Il choisit, dans la nouvelle instance, le for du domicile du demandeur (143).

(133) SJZ 12/290 ; 9/244. ZBJV 72/522 et 120. — (134) ATF 42 I 148. — (135) JT 1917 I 181 ; 1921 I 66 ; 1925 I 610 ; 1928 I 359. — (136) Art. 69. — (137) Pour ce cas voir St-Gall, EG z. ZGB art. 69 qui prévoit le for du domicile de la partie demanderesse. — (138) ATF 42 I 330 ; 46 II 333. — (139) EG z. ZGB § 42. — (140) EG z. ZGB § 12. — (141) SJZ 20/119 et 197. ZBJV 59/416. — (142) JT 1925 I 611. ATF 51 II 108. — (143) SemJud 1926/417.

§ 36. For de l'action en divorce intervenant sur jugement en séparation de corps.

Le for de cette action peut présenter quelque difficulté par rapport au domicile séparé de l'un des époux. Il est évident que l'art. 144 Ccs est applicable. Mais il convient de préciser que seule la faculté de vivre séparé, acquise avant l'introduction de la demande, doit être prise en considération pour décider si la femme peut intenter son action à son domicile distinct. Or, après l'expiration du délai de séparation fixé au jugement, cette faculté devient ipso jure caduque, les époux étant tenus de reprendre la vie commune à moins que la femme puisse se prévaloir de circonstances justifiant une demeure séparée au sens de l'art. 170 al. 1 Ccs. Le fait d'introduire une demande en divorce après une séparation de corps judiciaire autorise certes la femme à vivre à nouveau séparée, mais il ne saurait influencer en quoi que ce soit sur la détermination du for de cette action (144).

On pourrait se demander à juste titre si l'art. 148 Ccs, en prescrivant que le jugement sera rendu en considération des faits établis au cours de l'instance précédente et de ceux survenus depuis, n'implique pas la compétence du juge ayant prononcé la séparation de corps pour connaître également de l'action en divorce subséquente. Une telle opinion ne se trouve toutefois pas confirmée par la jurisprudence (145). La législation argovienne (146) est seule à tirer cette conclusion.

CHAPITRE TROISIÈME :

DE LA COMPÉTENCE A RAISON DE LA MATIÈRE.

§ 37. En première instance.

La question de la compétence à raison de la matière n'a pas été résolue par tous les cantons de la même manière. On peut distinguer trois groupes :

1. La majorité des cantons attribue la compétence pour ordonner des mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs au juge unique

(144) SJZ 36/66 n° 34. — (145) Stauffer, p. 33, ATF 42 I 157, SJZ 32/85 n° 58. — (146) EG z, ZGB § 44.

qui sera en même temps le président du tribunal compétent pour statuer sur l'action en divorce ; ce sont notamment : Berne (CPC art. 299), Bâle-Ville (EG z. ZGB § 27), Argovie (EG z. ZGB § 42, CPC § 241 al. 1), Appenzell Rh.Ext. (EG z. ZGB art. 9), Appenzell Rh.Int. (EG z. ZGB art. 14), Glaris (EG z. ZGB § 1, ch. 4), St-Gall (EG z. ZGB art. 2), Thurgovie (EG z. ZGB § 2), Nidwald (EG z. ZGB § 3), Obwald (EG z. ZGB art. 33), Tessin (LI.Ccs § 7), Zug (EG z. ZGB § 9), Soleure (EG z. ZGB § 49), Fribourg (LI.Ccs art. 46), Bâle-Campagne (EG z. ZGB § 2), Valais (LI.Ccs art. 26).

Les cantons de Vaud (CPC art. 44) et Neuchâtel (CPC art. 97) confient également la compétence au juge unique, toutefois avec cette particularité que c'est le magistrat chargé de l'instruction au fond qui est appelé à rendre les ordonnances de mesures provisoires.

2. Un deuxième groupe comprend les cantons de Zurich (EG z. ZGB § 11), Lucerne (EG z. ZGB § 3), Grisons (EG z. ZGB § 11), Schaffhouse (EG z. ZGB art. 7), Uri (EG z. ZGB § 6), Schwyz (EG z. ZGB § 8). Ceux-ci déclarent le tribunal du divorce également compétent pour statuer sur les requêtes présentées en vertu de l'art. 145 Ccs.

3. Enfin, la procédure genevoise a choisi une solution intermédiaire en confiant d'une part au président du tribunal de première instance le soin d'ordonner les mesures ayant un caractère conservatoire (LPC art. 3) et d'autre part au tribunal saisi de l'action en divorce la compétence d'ordonner toutes les autres mesures entrant dans le cadre de l'art. 145 Ccs (LPC art. 441).

Dans le premier groupe, on pourrait ranger d'un côté les cantons où le juge unique reste compétent tout au long de la procédure en première instance, et, de l'autre, ceux où le tribunal du divorce peut statuer sur une demande qui lui est présentée à l'audience (147). Dans certains cantons, le tribunal du divorce peut modifier ou rapporter les mesures prises par son président ; il est même appelé à statuer en qualité d'autorité de recours sur recours contre les décisions du juge unique ; toutefois ces questions seront examinées à plus juste titre au chapitre sur les voies de recours (148).

§ 38. En instance d'appel.

Ici nous avons deux systèmes dont se sont inspirés les législations cantonales :

1. Le juge des mesures provisoires conserve, durant l'instance d'appel, sa compétence pour statuer sur requête de mesures provi-

(147) Berne, CPC art. 299. — (148) Voir § 43 ss. .

soires. Ce système a été adopté dans la plupart des cantons (149). Il se justifie aussi en raison de la plus grande familiarité qu'a le juge de première instance avec les conditions de vie des parties d'une part et de la plus grande souplesse de la procédure d'autre part. Par contre, il offre le désavantage d'une duplicité d'instances qui provoquera pour les parties une certaine confusion si des modifications interviennent fréquemment.

2. L'autre système consiste à déférer la compétence à la juridiction supérieure dès le moment où celle-ci est saisie de la cause. La compétence pour statuer selon l'art. 145 Ccs participe donc à l'effet dévolutif de l'appel. La procédure bernoise (art. 299 CPC) nous en fournit l'exemple typique (150). Cette solution a pour elle de maintenir l'unité et permet au tribunal qui statue sur une nouvelle requête d'y procéder en connaissance de cause du fait que le dossier est en sa possession. Les désavantages qu'on pourrait lui reprocher ne pèsent pratiquement pas dans la balance, car en instance d'appel la situation des époux se sera déjà stabilisée au cours de la procédure en première instance.

§ 39. En instance de recours au Tribunal fédéral.

L'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire (151) prévoyait déjà que, même après que le procès ait été porté devant le Tribunal fédéral, les autorités cantonales demeuraient seules compétentes pour ordonner, en conformité des lois cantonales, des mesures provisionnelles au sujet de l'objet litigieux. Le texte tel qu'il était rédigé ne permettait pas de déduire sans autre l'applicabilité de cette disposition aux mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs, vu leur nature spéciale et vu que l'adjonction « au sujet de l'objet litigieux » contenue à cet art. 78 OJ semblait tendre à une interprétation plutôt restrictive de cette disposition ; on ne saurait, en effet, prétendre que les mesures de l'art. 145 Ccs se rapportent à l'objet litigieux. Toutefois, la jurisprudence (152) avait admis qu'une application par analogie de l'art. 78 OJ à des mesures qui ne concernent pas directement l'objet litigieux, mais qui sont conditionnées par la nature de la contestation, se justifiait pleinement au regard de la ratio legis de la disposition en question.

Cette situation n'a pas été modifiée sous le régime de la nouvelle loi d'organisation judiciaire fédérale du 16 décembre 1943. En effet, l'art. 58 de ladite loi reprend textuellement la disposition de

(149) Soleure, EG z. ZGB § 49 (ZBJV 59/448) ; Glaris, EG z. ZGB § 4 ch. 4 ; Lucerne, EG z. ZGB § 3 ; St-Gall, EG z. ZGB art. 2 ; Vaud, LI.Ccs art. 4 ch. 10 ; Zoug, EG z. ZGB § 9 ch. 2. Bâle-Ville : cf. ATF non publié du 19 mai 1939 en la cause Hernandez. — (150) ZBJV 55/235. Egalement Genève, LPC art. 441. — (151) De 1893, art. 78. — (152) ZBJV 69/492. ATF 32 II 433,

l'art. 78 de l'ancienne loi, sauf qu'elle laisse tomber l'adjonction dont il est question plus haut. Ainsi, il ne subsiste aucune objection d'ordre formel à ce que les autorités cantonales prennent des mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs durant l'instance de recours au Tribunal fédéral.

Cette délimitation des compétences s'inspire de l'idée que les mesures visées à l'art. 58 OJ nécessitent souvent des constatations de faits et une appréciation de ceux-ci auxquelles le Tribunal fédéral ne saurait procéder en raison de ses attributions en tant que juridiction de recours en réforme (notamment de celles de l'art. 63 OJ qui prévoit que le Tribunal fédéral fonde son arrêt sur les faits tels qu'ils ont été constatés par la dernière autorité cantonale) et en raison de la distance qui le sépare des parties en cause. Il est donc tout à fait indiqué de laisser cette compétence aux autorités cantonales mieux placées pour en faire usage en cas de besoin, d'autant plus que la décision du Tribunal fédéral est tout à fait indépendante des mesures provisoires qui sont ordonnées pour la durée du procès seulement. Cette conception est d'ailleurs conciliable avec l'art. 145 Ccs dont la formule « après l'introduction de la demande » n'entend définir que le moment à partir duquel des mesures provisoires peuvent être requises, sans limiter la compétence du juge saisi d'une requête fondée sur l'art. 145 Ccs à la période durant laquelle l'action au fond est pendante devant les autorités cantonales (153).

Une seule objection pourrait être faite en ce qui concerne l'avance des frais de recours en réforme. En effet, nulle autorité ne serait mieux placée que le Tribunal fédéral pour statuer sur une telle demande en même temps qu'elle fixe les avances de débours que chaque partie est tenue d'effectuer (art. 151 OJ). Il incombe d'ailleurs au président ou au juge chargé de l'instruction d'inviter, le cas échéant, une partie à fournir des sûretés en garantie des dépens qui pourraient être alloués à la partie adverse (art. 150 OJ). On ne voit dès lors pas pourquoi il ne pourrait en être de même pour l'avance de frais de procès, les affinités de cette mesure avec la sûreté pour les dépens étant évidentes. En outre, c'est aussi le Tribunal fédéral qui accorde, sur demande, l'assistance judiciaire à une partie dans le besoin (art. 152 OJ) ; il devra, à cet effet, procéder à une courte instruction au même titre que l'exigerait une ordonnance de mesures provisoires. Mais le Tribunal fédéral (154) a prononcé que les autorités cantonales restaient compétentes également pour ordonner une telle avance, quand bien même celle-ci servirait à couvrir les frais occasionnés par le recours en réforme. La nouvelle loi d'organisation judiciaire fédérale n'a rien changé à cette jurisprudence.

Enfin il reste à savoir quelle sera, conformément au droit cantonal, l'autorité compétente pour rendre une ordonnance de mesures provisoires au cours de l'instance de recours en réforme. Dans les cantons où le juge unique reste compétent malgré que le jugement de

(153) ATF 32 II 433. — (154) ATF 61 II 224 et 271.

première instance ait été frappé d'appel, cette question ne semble présenter aucune difficulté ; ce même juge conservera ses attributions durant l'instance de recours. En revanche, dans les cantons où la compétence en matière de mesures provisoires se reporte, en cas d'appel, à la juridiction supérieure, il y a lieu d'examiner à laquelle de ces deux instances cantonales cette compétence sera attribuée. Les tribunaux bernois (155) se sont prononcés pour la juridiction d'appel ; en effet, celle-ci sera aussi la mieux orientée sur les questions de fait au moment déterminant, du fait qu'elle se sera occupée en dernier lieu de la cause, alors que le président du tribunal ou le tribunal de district en avaient été saisis bien longtemps avant.

CHAPITRE QUATRIÈME :

DE LA PROCÉDURE PROPREMENT DITE.

§ 40. Forme.

La procédure proprement dite est régie par le droit cantonal. Elle doit être adaptée au caractère des mesures à prendre. A l'ordinaire, il s'agit de conjurer des abus et il y a péril en la demeure. La procédure sera donc rapide et sommaire.

La procédure sommaire est spécialement prescrite dans les cantons de Genève (pour les mesures conservatoires seulement, LPC art. 15. Le délai d'ajournement est fixé à 3 - 7 jours ; l'instruction de la cause se fait tout entière à l'audience et il n'est pas admis d'échange d'écriture), Neuchâtel (CPC art. 98, les preuves sont administrées immédiatement à l'audience), Soleure (EG z. ZGB § 3), Uri (EG z. ZGB § 8) et Schwyz (CPC § 398).

Le Code de procédure civile vaudois (art. 366) prévoit la procédure accélérée. La cause s'instruit et se juge selon les règles de la procédure ordinaire sous réserve de quelques dérogations. Ceci vaut aussi, en procédure genevoise, pour les autres mesures (art. 441 LPC).

Des procédures spéciales sont prévues dans les Cantons de Berne (CPC art. 299), Argovie et Thurgovie (« Befehlsverfahren », EG z. ZGB § 42 et CPC § 245-256, resp. CPC § 194 ss) et Zurich (EG z. ZGB § 11). Dans le canton de Berne, le président statue en instruction préparatoire. Dans le canton de Zurich, le tribunal de district peut citer les parties.

L'urgence des mesures requises a pour conséquence que la partie contre laquelle celles-ci sont requises ne peut pas toujours être entendue. Néanmoins, quelques cantons (156) ont posé en principe qu'une ordonnance ne saurait être rendue sans audition préalable de la partie adverse. D'autres (157) déclarent cette audition facultative. D'autres encore (158) laissent au juge le soin d'apprécier si l'urgence est telle qu'une audition de la partie contre laquelle les mesures sont requises serait indiquée. D'autres (159) enfin disposent qu'il doit être procédé à cette audition pour autant que la partie adverse soit domiciliée dans le pays ou soit représentée. Le Code de procédure civile neuchâtelois (160) prévoit qu'en cas d'urgence ou si cela paraît nécessaire pour assurer les droits du requérant, le juge peut rendre l'ordonnance sans citer les parties. La jurisprudence (161) a admis ce dernier principe à l'exception de la Cour d'appel du canton de Berne (162) qui considère l'audition de la partie adverse comme une formalité essentielle. La loi de procédure genevoise (art. 3) consacre également ce principe en prescrivant qu'il ne sera statué sur aucune demande sans que la partie contre laquelle elle sera formée ait été entendue ou dûment appelée, mais elle prévoit une exception précisément pour les mesures provisionnelles autorisées par la loi ; encore faut-il toutefois qu'il soit fait mention dans l'ordonnance si l'urgence ou les circonstances s'opposent à cette citation.

*

§ 41. Des preuves.

1. On serait tenté d'admettre que la procédure sommaire ou accélérée dans laquelle sont instruites et jugées les causes basées sur l'art. 145 Ccs implique nécessairement une restriction des moyens de preuve que les parties peuvent invoquer. Toutefois, une telle restriction n'est — d'ailleurs à juste titre — prévue expressément dans aucune législation cantonale. En revanche, elle résultera d'elle-même du fait qu'une administration de preuves nécessitant une certaine durée ne serait pas compatible avec les dispositions cantonales prévoyant que l'instruction de la cause se fait tout entière à l'audience ou qu'il n'est pas procédé à une instruction (163), ou encore que les preuves sont administrées immédiatement à l'audience (164). Au cas où les parties

(156) Berne, CPC art. 299. St-Gall, EG z. ZGB art. 62. Zurich, EG z. ZGB § 11. Zoug, Vollziehungsverordnung zum EG z. ZGB § 2. « Si possible » : Vaud, CPC art. 45 ; Fribourg, CPC art. 195. — (157) Appenzell Rh.Ext., EG z. ZGB art. 9. St-Gall, EG z. ZGB art. 4. Soleure, EG z. ZGB § 3. — (158) Appenzell Rh.Int., EG z. ZGB art. 14. Thurgovie, EG z. ZGB § 4. Nidwald, EG z. ZGB § 6. — (159) Glaris, EG z. ZGB § 2. Bâle-Ville, EG z. ZGB § 27. — (160) Art. 98. — (161) SJZ 29/58 n° 43, ZBJV 51/189. — (162) ZBJV 57/124 et 67/244. — (163) Genève, LPC art. 42 et 441. — (164) Neuchâtel, CPC art. 98.

auraient à produire des titres, il leur sera imparti un délai peremptoire (165).

2. La question se pose de savoir si le juge statuant sur requête de mesures provisoires sera, dans son instruction, limité aux moyens de preuve que lui soumettent les parties.

Les tribunaux vaudois (166) entendent respecter les règles de la procédure ordinaire en procédure de divorce, malgré la maxime d'office qui y est implantée partiellement par l'art. 158 Ccs et dont l'application se justifierait pleinement. Ils prononcent, en effet, que le juge n'est pas autorisé à procéder à une instruction d'office en dehors du cadre des allégués des parties et n'admettent pas qu'il soit introduit à la dernière heure au procès des faits nouveaux. Cette rigueur des tribunaux vaudois est unique en son genre. La législation de certains cantons (167), au contraire, autorise expressément le juge à ordonner, en matière de mesures provisoires, l'administration de preuves que les parties n'auraient pas invoquées. La loi st-galloise spécifie même que le juge n'est pas limité, à cet effet, dans le choix des moyens de preuve. Une telle compétence du juge se trouve, au surplus, ancrée dans certaines législations cantonales (168) pour la procédure ordinaire ; à plus forte raison sera-t-elle donnée dans une procédure comme celle des mesures provisoires où l'ordre public est certes intéressé. L'art. 158 ch. 3 Ccs stipulant que les déclarations des conjoints, quelle que soit leur nature, ne lient pas le juge, on ne saurait mettre en doute la compétence du juge d'ordonner d'office l'administration de preuves non invoquées par les parties, de même qu'il convient de ne pas le limiter au cadre tracé par les allégués de ces dernières. Or, l'application de cette disposition de l'art. 158 Ccs à la procédure selon l'art. 145 Ccs ne fait aucun doute (169).

3. Dans une procédure sommaire telle que celle appliquée aux mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs, on ne saurait exiger des preuves absolument formelles. Nous avons vu quelles devaient être les exigences du juge en matière de preuves au sujet du for. Le fait de se constituer un domicile séparé entraînant généralement pour celui qui s'y décide des inconvénient notables, on doit dès lors admettre la présomption selon laquelle l'épouse n'a pas eu recours à la légère à une telle démarche (170). Il suffit donc qu'elle vive réellement séparée de son mari et que celui-ci n'allègue pas des faits susceptibles de renverser cette présomption pour que le juge considère les conditions de l'art. 170 al. 1 Ccs comme données.

Quant aux faits motivant la requête, il ne peut en être autrement. Il convient de ne pas pousser la rigueur de la preuve à un point tel qu'il soit nécessaire d'instruire pour ainsi dire tous les faits de la

(165) St-Gall, EG z. ZGB art. 4. Glaris, EG z. ZGB § 2. — (166) JT 1929 III 48. — (167) Glaris, EG z. ZGB § 2. St-Gall, EG z. ZGB art. 4. Thurgovie, EG z. ZGB § 4. — (168) Berne, CPC art. 214. — (169) Stauffer, p. 117. — (170) BIZÜR 12 n° 138.

cause pour rendre un prononcé d'avant faire droit. Il est vrai que, même en procédure sommaire, les faits allégués doivent être établis strictement. La nature des mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs implique toutefois des preuves moins rigoureuses. Il suffira que la partie à laquelle incombe le fardeau de la preuve rende vraisemblables les faits qu'elle allègue (ainsi pour les mesures protectrices de l'union conjugale : Gmür, n° 22 ad art. 169). Le juge, de son côté, se bornera aux preuves qui peuvent être administrées sur-le-champ, sans cependant violer par là le droit de façon évidente (171). En outre, il aura soin de donner à la partie contre laquelle les mesures sont requises, l'occasion de soulever les exceptions qui semblent d'emblée être recevables. En cas de doutes sérieux sur la véracité des faits allégués par l'une des parties, il s'en tiendra à des mesures qui ne lèsent pas trop la partie adverse dans ses intérêts personnels.

4. Il y a lieu de relever encore une particularité commune à quelques cantons de Suisse orientale et qui, si elle ne peut être considérée comme une preuve au sens strict que la procédure entend donner à ce terme, n'en est pas moins, pour le juge, un élément décisif dans l'appréciation des faits. En effet, les législations des cantons de St-Gall (172), Bâle-Ville (173) et Bâle-Campagne (174) prévoient que le juge, avant d'ordonner des mesures concernant les enfants, doit aviser l'autorité tutélaire qui devra présenter un rapport et suggérer au juge les mesures qui semblent dictées par l'intérêt des enfants. L'autorité tutélaire devient pour ainsi dire partie au procès puisqu'elle est tenue, aux termes de ces dispositions, de prendre des conclusions. Si les deux cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne prescrivent cette intervention dans tous les cas, la loi st-galloise ne la prévoit que lorsqu'il n'y a pas péril en la demeure et ne confère à l'autorité en question que la faculté de présenter un rapport.

Le canton de Fribourg (175) connaît une mesure analogue, sauf que le rapport à fournir émane du juge de paix et porte, au surplus, sur la situation et les conditions de la famille.

Une telle précaution du législateur ne peut qu'être approuvée pour autant qu'elle ne provoque pas un retard sensible à l'intervention du juge. Il s'agit là d'une application par analogie des dispositions de l'art. 156 al. 1 Ccs qui ne prescrit toutefois l'avis de l'autorité tutélaire qu'en cas de besoin. On ne saurait contester cette application, mais il est permis de mettre en doute son efficacité si l'on songe au développement qu'ont pris de nos jours les villes ; l'autorité tutélaire sera très rarement mieux renseignée que le juge sur la situation de la famille qui doit être dissoute, et les moyens qu'elle a à sa disposition ne seront pas toujours les plus rapides (176). Toutefois, on ne saurait exiger du juge qu'il procède lui-même à une enquête ; l'autorité tutélaire est d'ailleurs tout à fait indiquée pour ce genre de travail et

(171) ZBJV 80/124. Voir également Ziegler, § 14. — (172) EG z. ZGB art. 63. — (173) EG z. ZGB § 28. — (174) EG z. ZGB § 33. — (175) LI.Ccs art. 46. — (176) SJZ 35/257.

dispose également du personnel qualifié, seulement il faut lui laisser le temps. Or, les mesures provisoires en procédure de divorce ne sauraient souvent tolérer de retard ou s'accommoder de demi-mesures. Aussi la réglementation définitive de l'attribution des enfants est-elle réservée au jugement en divorce, et l'autorité tutélaire pourra contribuer efficacement à ce que celui-ci soit à la fois équitable et favorable aux intérêts des enfants.

5. On trouve enfin, dans la législation cantonale (177), des dispositions tendant à interdire, en matière de mesures provisoires, le serment. Ces dispositions constituent, pour autant qu'il s'agisse en l'occurrence d'un moyen de preuve, une restriction de ceux-ci, alors qu'il a été dit précédemment que, malgré le caractère sommaire de la procédure en question, aucune restriction de ce genre n'était prévue. Il convient de tenir compte du fait que le serment ou l'affirmation solennelle contenus dans certaines procédures cantonales tendent à disparaître peu à peu. Le droit fédéral ne tient pas à rester en arrière et les a supprimés dans le nouveau code de procédure civile fédérale de 1947. La procédure moderne qui s'écarte de plus en plus du formalisme leur conteste à juste titre la qualité d'actes probatoires. A plus forte raison doit-on les exclure de la procédure de divorce régie par la maxime d'office. Le législateur de 1912 en avait déjà ressenti la nécessité puisqu'il a introduit à l'art. 158 Ccs un alinéa 2 interdisant le serment en procédure de divorce. Nul doute qu'une telle disposition s'applique également aux mesures provisoires, au même titre que les autres alinéas de ce même art. 158 Ccs. Les dispositions cantonales citées plus haut ne sont donc qu'une simple répétition du principe posé dans le droit fédéral. Une telle répétition s'explique toutefois par les caractéristiques des procédures cantonales en question.

§ 42. Des frais et dépens.

1. **Des sûretés pour les dépens.** — Les procédures qui ne prévoient pas, dans certains cas précis, l'obligation du demandeur de fournir, sur demande de la partie adverse, sûreté pour les dépens sont rares. Il n'y a toutefois pas lieu d'examiner ces cas ici. Or, si le droit fédéral ne prescrit rien à ce sujet, il faut reconnaître qu'il s'agit là d'une mesure de caractère essentiellement procédural qu'il appartient exclusivement aux cantons d'insérer dans leurs codes. La diversité qui en résulte se fera nécessairement sentir en matière de mesures provisoires. En effet, si certaines procédures cantonales (178) déclarent une demande de telles sûretés irrecevable en procédure sommaire, d'autres (179), au contraire, ne prévoient aucune exception ; dans ce dernier cas, la jurisprudence (180) a admis en conséquence que les parties

(177) St-Gall, EG z. ZGB art. 4. Thurgovie, EG z. ZGB § 4. Glaris, EG z. ZGB § 2. — (178) Berne, CPC art. 313. — (179) Zurich, CPC § 59. — (180) SJZ 11/227 n° 171.

instantes au divorce ne sauraient en être dispensées faute de disposition à ce sujet. Les arguments sur lesquels se fonde cette jurisprudence ne sont nullement pertinents. En effet, on ne saurait refuser à la procédure en divorce l'intérêt public que lui conteste la Cour suprême du canton de Zurich. Ces considérations valent également pour les mesures provisoires qui, d'ailleurs, n'occasionneront que très rarement de tels frais pour qu'une demande de sûretés puisse être justifiée.

2. De la caution. — Dans cette matière, les cantons sont également souverains et ont créé une diversité fort préjudiciable à l'application uniforme de l'art. 145 Ccs. Certaines procédures (181) astreignent le requérant à fournir caution, tandis que d'autres (182) donnent à la partie contre laquelle les mesures sont requises la possibilité de s'en libérer moyennant caution. La question qui se pose toutefois en corrélation avec l'art. 145 Ccs ne réside pas dans la manière dont cette mesure est appliquée, mais elle consiste à savoir si, en principe, la caution prévue dans les différentes législations cantonales est compatible et avec la nature des mesures provisoires en matière de divorce et avec le droit fédéral, notamment avec l'art. 145 Ccs. En effet, on admet généralement que les dispositions de droit fédéral ne sauraient être entravées, dans leur application, par des mesures de droit cantonal. Or, l'obligation de fournir caution équivaut incontestablement à accroître, pour le requérant, les difficultés dans la poursuite des droits que lui confère l'art. 145 Ccs. En outre, les mesures ordonnées dans pareil cas par le juge bien intentionné ne seront que rarement susceptibles de causer des dommages tels que l'on ne pourrait les exécuter sans astreindre, au préalable, le requérant à fournir caution. En second lieu, il faut tenir compte du fait que l'intérêt du requérant n'est pas toujours seul en jeu : la partie requise est certes aussi intéressée à une réglementation équitable des relations entre parties, et surtout il y a l'intérêt des enfants. Enfin, le juge est, en vertu de la maxime d'office, libre d'ordonner les mesures qui lui semblent opportunes ; il peut même intervenir d'office, de sorte qu'il y aurait contradiction à prévoir d'une part cette liberté du juge, et d'autre part une obligation des parties à fournir caution pour des dommages qu'ils n'auraient pas provoqués parce qu'ils n'auraient pas requis spécialement la mesure en question. Pour ces raisons, il n'y a pas lieu d'astreindre l'instant aux mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs à fournir caution conformément aux prescriptions de droit cantonal relatives aux mesures provisionnelles. (Voir au sujet de la caution en général : Ziegler § 16).

3. Des frais de justice. — Les frais occasionnés par une procédure en vertu de l'art. 145 Ccs peuvent soit être fixés séparément soit partager le sort des frais de l'action principale. Il est clair que chaque partie devra effectuer l'avance de frais qui lui incombe conformé-

(181) Fribourg, CPC art. 192. Neuchâtel, CPC art. 103. Genève, LPC art. 16. — (182) Neuchâtel, CPC art. 104.

ment à la loi de procédure et qu'il ne saurait être question de créer un état d'exception pour les mesures provisoires en procédure de divorce.

4. **Des dépens.** — Il convient de rappeler ici la faculté dont jouit le juge de compenser les frais dans les contestations entre époux (183). Si toutefois le juge ne fait pas usage de cette faculté et alloue des dépens pour une raison ou pour une autre, il restera à examiner, sous un autre rapport (184), dans quelle mesure la partie à laquelle des dépens auront été alloués pourra avoir recours à l'exécution forcée en vue du recouvrement de sa créance. Le juge n'aura guère à s'inspirer de considérations valant surtout en procédure de mesures protectrices de l'union conjugale et consistant à refuser l'allocation des dépens, parce que la dette ainsi créée envers l'autre époux serait de nature à nuire à la reprise de bons rapports entre époux et à compromettre le résultat désiré. Au contraire, plus le lien conjugal sera atteint, moins le juge aura de scrupules à allouer les dépens à la partie qui obtient gain de cause, si cette mesure se justifie pour d'autres motifs.

—————::—————

CHAPITRE CINQUIÈME :

DES VOIES DE RECOURS.

§ 43. De droit cantonal.

L'unité — aussi désirable soit-elle — fait défaut en matière de recours de droit cantonal contre un prononcé de mesures provisoires rendu en vertu de l'art. 145 Ccs. On ne trouve pas moins de six solutions différentes prévues par les législations cantonales.

1. Quelques procédures cantonales stipulent expressément que l'appel n'est pas recevable contre une ordonnance de mesures provisoires. Ce sont : Berne (CPC art. 299), Fribourg (CPC art. 195 al. 9), Glaris (EG z. ZGB § 4), Nidwald (EG z. ZGB § 4), St-Gall (EG z. ZGB art. 6), Valais (CPC art. 345) et Zoug (EG z. ZGB § 11).

2. Les cantons de Berne (CPC art. 299) et de St-Gall (EG z. ZGB art. 62) prévoient — pour autant qu'il puisse s'agir ici d'un recours — que le tribunal compétent au fond peut parfaire ou modifier les ordonnances rendues par le président.

3. Le recours au tribunal compétent au fond est prévu dans la

(183) Berne, CPC art. 58 al. 3. — (184) Voir § 46.

législation des cantons de Fribourg (CPC art. 46), Bâle-Ville (EG z. ZGB § 27) et Obwald (EG z. ZGB art. 2). Les lois genevoises (LI.Ccs art. 6 et LPC art. 21 ss) ont institué un moyen de recours analogue prévu sous forme d'opposition.

Cette solution se distingue de la précédente en ce sens que le recours peut être intenté soit en tout temps soit dans un délai fixé, tandis que dans le cas mentionné sous ch. 2 la demande en modification ne pourra être portée devant le tribunal qu'à une audience consacrée à la cause au fond.

4. Dans quelques cantons, il y a lieu à recours à une instance supérieure indépendamment du fond, notamment dans les cantons de Zurich (« Rekurs », EG z. ZGB § 13), Schwyz (CPC § 398), Thurgovie (« Beschwerde », EG z. ZGB § 2 et 4) et Soleure (« Beschwerde », EG z. ZGB § 4).

5. La législation neuchâteloise (CPC art. 100) prévoit une procédure spéciale en créant une institution dénommée « Opposition » qui ne peut être formée qu'aux mesures provisoires ordonnées sans citation préalable ou en l'absence de la partie contre laquelle elles sont requises. L'opposition est formée par requête adressée au juge qui a rendu l'ordonnance et qui peut modifier ou révoquer les mesures prises. Il s'agit donc, en l'occurrence, plutôt d'une procédure en relevé du défaut combinée avec un pourvoi en nullité.

6. Enfin, si la procédure vaudoise ne prévoit en principe aucun recours ni au tribunal de district ni au tribunal cantonal (185), la jurisprudence des tribunaux vaudois tend à admettre, en la matière, les voies de recours de la procédure ordinaire pour autant que les autres conditions soient remplies. Ainsi, l'art. 93 CPC stipule que tout jugement sur déclinatoire peut être porté par recours au Tribunal cantonal ; la jurisprudence (186) considère que ce recours peut viser aussi bien un jugement sur mesures provisoires que tout autre jugement. Elle a admis en outre (187) que les moyens de nullité prévus à l'art. 519 CPC peuvent être soulevés contre une ordonnance de mesures provisoires ; ces moyens sont : la distraction de for ou l'incompétence, lorsque le déclinatoire aurait dû être soulevé d'office, et l'absence d'assignation régulière.

Cette jurisprudence mérite d'être relevée du fait que le moyen tiré de l'incompétence sera certes soulevé le plus souvent en raison des difficultés que peut présenter dans certains cas la détermination du for de l'action en divorce, respectivement des mesures provisoires. Toutefois, on peut se demander à bon droit si une telle jurisprudence répond aux exigences de la cause. En effet, nous avons vu que le juge saisi d'une requête de mesures provisoires doit limiter l'examen de sa compétence aux exceptions qui lui paraissent plausibles et faire droit à la demande s'il ne ressort pas d'emblée des élé-

(185) SJZ 30/108 n° 19. JT 1914 III 107. — (186) JT 1912 III 111. — (187) JT 1924 III 142.

ments dont il dispose qu'il ne saurait être compétent. Or, dans bien des cas, il résultera qu'après un examen plus approfondi sur la question du for, le juge qui aura pris des mesures provisoires se révélera incompétent, de sorte que, dans tous les cas où il aura procédé à l'examen sommaire que lui prescrit la jurisprudence du Tribunal fédéral, le juge s'exposera à un recours en nullité pour cause d'incompétence. L'art. 90 CPC stipulant que le déclatoire doit être soulevé d'office en cas de violation des dispositions du droit fédéral en matière de for, les conditions requises pour le recours en nullité seront données.

Cette jurisprudence semble aller trop loin ; elle réduit, en effet, à néant le principe posé par le Tribunal fédéral selon lequel le juge des mesures provisoires ne doit procéder qu'à un examen sommaire de sa compétence. Or, le droit fédéral a, ce nous semble, suffisamment paré aux inconvénients que peut présenter un tel examen en stipulant que les mesures prises par un juge dont l'incompétence sera établie par la suite deviennent ipso jure caduques. La jurisprudence des tribunaux vaudois ne se justifie, pour ces raisons, que lorsque le juge aura rendu une ordonnance de mesures provisoires alors qu'il n'était pas compétent à raison de la matière (188).

La Cour d'appel du canton de Berne s'est occupée d'un problème analogue. Il s'agissait de trancher la question si un prononcé de mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs peut faire l'objet d'un pourvoi en nullité, l'art. 299 CPC n'excluant expressément que l'appel. La Cour en question (189) a admis que seules les décisions terminant l'instance sont susceptibles d'un pourvoi en nullité au sens des art. 359 et 360 CPC bernois ; or, l'ordonnance de mesures provisoires étant un prononcé d'avant faire droit à caractère provisoire ne pouvant être assimilé aux jugements comportant la solution définitive d'un point touchant au fond du procès, elle n'est pas entrée en matière. En outre, les questions soulevées au cours d'une procédure de mesures provisoires étant avant tout des questions de fait qu'il appartient au juge d'apprécier librement, il ne saurait être question, en l'occurrence, de violation de droit évidente au sens de l'art. 360 ch. 2 CPC bernois (190). Même la violation d'une formalité essentielle telle que l'audition de la partie adverse en procédure bernoise ne peut donner lieu à un recours en nullité ; par contre, une ordonnance rendue au mépris de ce principe doit être cassée d'office en application de l'art. 90 CPC bernois (191).

§ 44. De droit fédéral.

Le droit fédéral prévoit trois possibilités de recours contre une décision rendue par une autorité cantonale. Ce sont : le recours en réforme, le recours en nullité et le recours de droit public. Il convient de les examiner séparément.

(188) JT 1919 III 19. — (189) ZBJV 71/224. (190) ZBJV 80/124. — (191) ZBJV 57/124.

1. Le recours en réforme (art. 43 ss OJ).°

L'art. 48 OJ stipule que le recours en réforme n'est recevable en règle générale que contre les décisions finales prises par les tribunaux ou autres autorités suprêmes des cantons et qui ne peuvent pas être l'objet d'un recours ordinaire de droit cantonal. Or, déjà sous l'empire de l'ancienne loi d'organisation judiciaire — qui ne parlait pas de décisions finales, mais de jugements au fond —, les ordonnances de mesures provisoires n'étaient pas considérées comme des jugements susceptibles de recours en réforme ; elles ont, en raison du but qu'elles poursuivent, un caractère provisoire qui ne rend pas désirable la possibilité d'en saisir la plus haute juridiction fédérale. L'avant-projet de révision de la loi de 1893 prévoyait (192) la voie de recours de droit civil pour les litiges de cette espèce, et ce point de vue avait été appuyé par le Tribunal fédéral dans le mémoire qu'il avait adressé à ce sujet au Département fédéral de justice. Mais cette prescription a été supprimée dans le projet de loi présenté aux Chambres fédérales le 11 mai 1911 par le Conseil fédéral. Le message y relatif explique cette suppression par le caractère de décision de fait de ces ordonnances qui ne soulèvent pas de question de droit, et partait ainsi évidemment de l'idée qu'en pareille matière un recours en réforme devait être exclu. Enfin, cette manière de voir a été adoptée par les Chambres fédérales dans la loi du 6 octobre 1911, bien que dans son rapport le Tribunal fédéral ait affirmé à nouveau la nécessité de prévoir en pareil cas la voie de recours de droit civil (193).

La nouvelle loi de 1943 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1945 n'entendait rien changer à cette situation. Le message du Conseil fédéral (194) explique que les vœux émis au sujet d'une extension de la juridiction fédérale à d'autres matières n'avaient pas pu être pris en considération dans le projet et n'avaient d'ailleurs pas été repris par la commission d'experts. Les art. 48 ss de la nouvelle loi étendent le cercle des décisions susceptibles de recours en réforme en ce sens qu'ils admettent certaines décisions incidentes qui, sous l'empire de l'ancienne loi, ne pouvaient être déférées au Tribunal fédéral qu'avec le fond. Le fait d'avoir remplacé le terme de « jugement au fond » par celui de « décision finale » n'implique aucune modification ; en particulier, le législateur n'entendait nullement soumettre au recours les décisions qui ne l'étaient pas auparavant, le but de la révision de l'organisation judiciaire n'étant pas d'ouvrir à des domaines nouveaux la voie du recours en réforme. La loi nouvelle, comme l'ancienne, n'autorise le recours en réforme qu'à l'encontre d'une décision portant sur le fond même d'une contestation civile (« Sachentscheid »). En d'autres termes, le recours en réforme suppose un jugement rendu au cours d'une procédure tendant à faire régler définitivement et d'une manière durable par le juge (ou par une autre juridiction) les relations de droit civil des parties. Mais la notion de jugement final est plus large que

(192) Art. 106. — (193) ATF 43 II 275. — (194) FF 1943 p. 103.

celle de jugement au fond. Il faut considérer comme jugement final chaque décision rendue dans une telle procédure et qui met fin à celle-ci ; il n'est toutefois pas nécessaire que cette procédure atteigne véritablement son but, c'est-à-dire ait conduit à une décision sur le fond ou d'effet équivalent (195).

La seule différence par rapport à l'ancienne loi consiste en ce que certaines décisions préjudicielles ou incidentes prises séparément du fond peuvent, dès lors, faire l'objet d'un recours (art. 49 et 50 OJ). On ne saurait toutefois ranger les ordonnances de mesures provisoires parmi ces décisions. Le Tribunal fédéral (196) s'est prononcé nettement en ce sens.

Il resterait encore la disposition de l'art. 48 al. 3 OJ aux termes de laquelle le recours dirigé contre la décision finale se rapporte aussi aux décisions qui l'ont précédée ; toutefois, sous ces décisions précédentes on ne saurait en entendre d'autres que celles mentionnées aux art. 49 et 50 OJ.

2. Le recours en nullité (art. 68 ss OJ).

a) Sous l'empire de l'ancienne loi d'organisation judiciaire — qui mentionnait le recours de droit civil au lieu du recours en nullité actuel (197) — le Tribunal fédéral (198) a, en cas d'application du droit cantonal au mépris du droit fédéral, admis le recours de droit civil contre une ordonnance de mesures provisoires, lorsque celle-ci était rendue en dernière instance cantonale dans un procès de nature civile portant au fond sur un rapport de droit privé, et tout particulièrement lorsque la mesure ordonnée devait produire des effets de droit civil. En se basant sur cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a constaté, dans un arrêt postérieur (199), qu'une ordonnance de mesures provisionnelles selon l'art. 145 Ccs, pour autant qu'elle émanait de la dernière instance cantonale, devait être considérée comme rendue dans une cause civile au sens de l'art. 87 de l'ancienne OJ. La voie du recours de droit civil était donc ouverte, toutes les conditions requises étant réalisées en l'espèce.

b) Aux termes de la nouvelle loi, peuvent être frappées de recours en nullité les décisions de la dernière juridiction cantonale qui ne peuvent faire l'objet d'un recours en réforme. Le recours en nullité est recevable en cas d'application du droit cantonal ou étranger à la place du droit fédéral déterminant et en cas de violation de prescriptions de droit fédéral quant à la compétence des autorités à raison de la matière ou à raison du lieu. Ce dernier motif de recours ne figurait pas dans l'ancienne loi d'organisation judiciaire qui, en revanche, prévoyait le recours de droit civil lorsque les dispositions de la loi fé-

(195) ATF 74 II 176. JT 1949 I 79. — (196) ATF 72 II 323. — (197) Art. 86 ss de l'ancienne loi sur l'organisation judiciaire fédérale du 22 mars 1893. — (198) ATF 51 III 192. — (199) ATF 67 I 219.

dérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour avaient été méconnues (200).

Du fait que le recours en réforme n'est pas recevable contre une décision de mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs, on pourrait admettre sans autre le recours en nullité. Dans un premier arrêt (201), le Tribunal fédéral a envisagé la possibilité d'un recours en nullité contre une telle ordonnance. Par la suite (202), il s'est prononcé nettement en faveur du recours en nullité, pour autant que la décision attaquée ait été rendue par la dernière juridiction cantonale. Il s'agissait, en l'espèce, d'ordonnances prises en vertu des art. 299 CPC bernois et 345 CPC valaisan qui ne sont, au sens des dispositions applicables, certes ni des décisions finales ni des décisions préjudicielles ou incidentes susceptibles de recours en réforme d'une part, ni soumises à un moyen de recours de droit cantonal d'autre part. Si certaines procédures civiles cantonales prévoient un moyen de recours contre une ordonnance de mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs, le recours en nullité au Tribunal fédéral sera alors donné contre la décision de la juridiction cantonale de recours.

3. Le recours de droit public (art. 84 ss OJ).

a) Sous le régime de l'ancienne loi d'organisation judiciaire fédérale, le recours de droit public était recevable contre une ordonnance de mesures provisoires rendue en violation des règles de droit fédéral sur le for (203). Par rapport à l'art. 145 Ccs, ces règles ne comprenaient, au sens de la jurisprudence d'alors, pas seulement l'art. 144 Ccs, mais aussi les principes établis par le Tribunal fédéral en matière de priorité de la demande introduite la première et de for de connexité, ainsi que les dispositions relatives au domicile distinct prévues à l'art. 170 al. 1 Ccs en corrélation avec l'art. 25 Ccs. Ainsi, si le juge appelé à prononcer une ordonnance de mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs se déclarait incompétent en raison de l'absence d'une autorisation de l'épouse à vivre séparée, une telle décision était susceptible de recours de droit public (203). D'autre part, le recours de droit public offrait cet avantage qu'il n'était pas nécessaire que le recourant invoque la violation d'une prescription contenue dans la Constitution, un concordat ou un traité international (comme dans les autres cas de recours) ; il suffisait, au contraire, que la prétendue violation se rapporte à une prescription de droit fédéral en matière de for (204). Le Tribunal fédéral pouvait par conséquent revoir librement l'application de ces dispositions (205). En outre, le recours pouvait être formé contre tout acte de l'autorité dont la vocation était contestée, déjà contre une simple assignation en justice (206) ; le recourant n'était

(200) Art. 87 ch. 2 ancienne OJ. — (201) ATF 72 II 56 considérant 3. — (202) ATF 72 II 323. — (203) ATF 41 I 459. — (204) ATF 41 I 105 ; 36 I 246 ; 35 I 83, 87, 379, 388 ; 26 I 50 ; 25 I 30 ; 24 I 255. — (205) ATF 53 I 55 ; 42 I 140 ; 41 I 104. — (206) ATF 53 I 55.

point tenu d'épuiser préalablement les instances cantonales (207) ; tout au plus devait-il justifier de son intérêt au recours (208).

Les facilités que présentait pour le recourant le recours de droit public expliquent dans une large mesure la jurisprudence adoptée en son temps par le Tribunal fédéral qui ne prescrit qu'un examen sommaire de la question du for pour que le juge puisse se déclarer compétent et prendre des mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs. En effet, il était loisible à la partie qui se sentait lésée par une telle ordonnance, parce que rendue par un juge prétendument incompétent, de former déjà contre la citation en justice un recours de droit public. Le Tribunal fédéral pouvait alors, pendant l'instruction du recours, prendre toutes dispositions utiles pour éviter à l'une ou à l'autre des parties un dommage irréparable ; le cas échéant, il pouvait surseoir à l'exécution du jugement de mesures provisoires attaqué (209). Au vu de cette garantie donnée aux parties, la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'examen de la compétence nous semble pleinement justifiée.

Or, sous le régime actuel, cette jurisprudence en matière de recours de droit public n'est plus valable. L'art. 84 al. 1 lit. d OJ prévoit bien que le recours de droit public est recevable contre une décision cantonale pour violation de prescriptions de droit fédéral sur la délimitation de la compétence des autorités à raison de la matière ou à raison du lieu. Mais, comme le prévoyait déjà la loi de 1893 à son art. 182 aux termes duquel il n'y avait pas recours de droit public pour cause de violation des lois civiles fédérales par les autorités cantonales, cette disposition ne concerne que les conflits de droit public sur la délimitation de la compétence ; ainsi en a décidé le Tribunal fédéral (210) pour dissiper les doutes qui pouvaient subsister à ce sujet. L'exclusion du recours de droit public en matière de délimitation de la compétence à raison de la matière ou à raison du lieu se justifie d'ailleurs pour d'autres raisons encore. En effet, le recours de droit public n'est recevable que si la prétendue violation ne peut pas être soumise par une action ou par un autre moyen de droit quelconque au Tribunal fédéral ou à une autre autorité fédérale (211). Or, comme le recours en nullité peut être intenté pour le même motif (art. 68 al. 1 lit. b OJ) et que les ordonnances prises en vertu de l'art. 145 Ccs sont d'autre part susceptibles de recours en nullité, la subsidiarité du recours de droit public sanctionnée à l'art. 84 al. 2 OJ se manifestera en ce sens

(207) ATF 41 I 305. — (208) ATF 41 I 459. — (209) ATF 53 I 55. — (210) ATF 72 I 177 considérant 4. Arrêt non publié du 25.II.1948 en la cause Bruttin. — (211) Art. 84 al. 2 OJ. ATF non publié du 30.10.1947 en la cause Lagier : La jurisprudence du Tribunal fédéral n'admet pas le recours de droit public alors même que les conditions prévues pour cette action ou cet autre moyen de droit quelconque sont plus strictes que celles auxquelles le recours de droit public est soumis, notamment en ce qui concerne l'épuisement préalable des instances cantonales (ATF 68 I 91 ; 63 I 29 ; 72 I 175 considérant 1 et 4).

que le Tribunal fédéral ne pourra entrer en matière sur un recours de droit public présenté pour violation des règles concernant le for en matière de mesures provisoires en procédure de divorce ou de séparation de corps. La tendance de la nouvelle loi d'organisation judiciaire fédérale consiste précisément à grouper les compétences des différentes Chambres du Tribunal fédéral de telle façon que la Cour de droit public ne saurait rendre, en appliquant les lois civiles, des décisions que la Cour civile ne pourrait reconnaître. La violation de prescriptions en matière de for des mesures provisoires pouvant faire l'objet d'un recours en nullité à la Cour civile du Tribunal fédéral, on n'entrevoit pas, dès lors, la nécessité d'un recours de droit public basé sur le même motif à une autre Section de la même juridiction.

b) En revanche, la voie du recours de droit public est ouverte pour violation de droits constitutionnels des citoyens conformément à l'art. 84 al. 1 lit. a. Par rapport aux mesures provisoires, il convient de considérer avant tout l'art. 4 CF garantissant l'égalité devant la loi. En effet, toute ordonnance rendue en vertu de l'art. 145 Ccs est susceptible de violer cette disposition constitutionnelle ; on peut songer notamment au cas où le juge aura ordonné une mesure qui n'est pas prévue au Code civil, ou lorsqu'il aura condamné le mari à verser à sa femme une pension alimentaire alors qu'elle a de la fortune, ou encore lorsque cette pension n'est pas proportionnée aux revenus du débiteur, ou enfin lorsque la partie contre laquelle les mesures ont été ordonnées, n'a pas été entendue au préalable (212). Toutefois, le Tribunal fédéral ne pourra intervenir que si l'autorité cantonale a violé le principe de l'égalité devant la loi de façon manifeste. Cette violation peut avoir lieu soit par le juge, soit par le législateur de sorte que le Tribunal fédéral aura à examiner si l'interprétation de la loi ou si la loi en elle-même est arbitraire. Tel sera le cas lorsque le juge donnera d'un texte légal une interprétation si manifestement insoutenable que sa décision équivaudra à un déni de justice (213) ou lorsque le législateur aura prévu des différences qui ne se justifient pas raisonnablement. Dans tous les cas, l'examen du Tribunal pourra porter sur le fond de la décision attaquée, quel qu'il soit.

L'obligation de fournir une avance de frais de procès telle qu'elle a été développée par la jurisprudence, nous suggère notamment quelques réflexions en corrélation avec l'art. 4 CF. En effet, on peut se demander à juste titre si l'on ne peut y entrevoir une violation de l'égalité devant la loi au sens de cette disposition de la Constitution, d'une part par le seul fait de prévoir cette obligation qui n'est pas consacrée expressément dans le Code civil (« materielle Rechtsverweigerung »), et par le fait de surseoir au jugement ou de déclarer la demande en divorce irrecevable en cas d'omission de fournir d'autre

(212) D'autres cas sont contenus dans les arrêts du Tribunal fédéral non publiés : du 19.5.1939 en la cause Hernandez ; du 15.7.1943 en la cause Achermann ; du 8.6.1944 en la cause Fleury ; du 13.9.1945 en la cause Weibel ; du 25.2.1946 en la cause Mumenthaler. - (213) SemJud 1936/465.

part (déné de justice, « formelle Rechtsverweigerung »). Cet argument n'a toutefois pas été retenu en jurisprudence (214). Seule la fixation d'un montant exagéré, à titre d'avance de frais, pourrait être qualifiée d'arbitraire et faire admettre un recours de droit public, pour autant qu'il n'est pas suivi au procès avant le paiement de cette avance (215).

Reste à savoir si l'ordonnance de mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs constitue une décision finale au sens de l'art. 87 OJ, car le recours de droit public pour violation de l'art. 4 CF n'est, selon cet art. 87, recevable que contre les décisions finales prises en dernière instance (216). Il est toutefois recevable contre des décisions incidentes prises en dernière instance s'il en résulte un dommage irréparable pour l'intéressé ; pour que l'on puisse parler d'une telle décision incidente, il suffit que la décision attaquée soit prise pour la durée d'un procès (217) et que le dommage subi par le recourant ne puisse être réparé — ou tout au moins réparé suffisamment —, alors même que celui-ci obtiendrait gain de cause au jugement final intervenant dans la cause au fond (218). Or, le Tribunal fédéral (219) a déclaré, en se basant sur sa jurisprudence antérieure (220), que l'ordonnance de mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs n'offre pas les caractéristiques d'une décision incidente susceptible de recours de droit public aux seules conditions de l'art. 87 OJ ; en effet, elle ne préjuge en rien le jugement au fond, elle n'est rendue que pour une durée bien déterminée et, d'autre part, ne peut être attaquée conjointement avec le fond (221). En revanche, elle constitue une décision finale lorsqu'elle ne peut plus, dans l'instance en cours, faire l'objet d'un recours à une juridiction supérieure (222), et peut, de ce chef, être attaquée par recours de droit public distinct (223).



(214) SJZ 30/106 n° 17 ; 29/153 n° 26. — (215) ZBJV 67/71. — (216) Dans l'ancienne loi, il n'était pas question de « décisions finales » ; aussi le Tribunal fédéral avait-il déclaré recevable en principe le recours de droit public contre une ordonnance de mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs (cf. les arrêts non publiés du 15.7.1943 en la cause Achermann et du 8.6.1944 en la cause Fleury ; en outre : ATF 41 II 323 et 68 II 245). — (217) ATF 71 I 386. — (218) ATF 68 I 168. — (219) Arrêt non publié du 13.9.1945 en la cause Weibel, considérant 1. — (220) Arrêt non publié du 23.6.1939 en la cause Riva. — (221) Arrêt non publié du 25.2.1946 en la cause Mumenthaler. — (222) Voir note 218. Dans l'arrêt non publié du 25.2.1946 en la cause Mumenthaler, le Tribunal fédéral considère la prise à partie de la procédure civile bernoise, malgré son caractère essentiellement disciplinaire, comme un moyen de recours ; le délai pour le recours de droit public court dès lors depuis la communication de la décision de la Cour d'appel bernoise. — (223) Arrêt non publié du 24.10.1946 en la cause Spörri.

CINQUIÈME PARTIE

DE L'EXÉCUTION FORCÉE

CHAPITRE PREMIER :

ORDONNANCES PORTANT SUR DES SOMMES D'ARGENT A PAYER OU DES SURETÉS A FOURNIR.

§ 45. Poursuite pour dettes.

1. Depuis l'introduction de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (1), l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir s'opère, pour tout le territoire de la Confédération, par la poursuite pour dettes. Il n'y a pas lieu de rappeler ici le processus d'une telle poursuite. Il nous importe simplement de savoir que la dite loi prévoit à son art. 81 que lorsque la poursuite est fondée sur un jugement exécutoire rendu par une autorité du canton dans lequel la poursuite a lieu, le juge ordonne la mainlevée de l'opposition. Une ordonnance de mesures provisoires ne déploiera d'effet pratique que si, le cas échéant, elle peut donner lieu à exécution forcée. Même une poursuite intentée contre le débiteur n'atteindra son but que si l'opposition au commandement de payer peut être écartée au cours d'une procédure rapide et sommaire. Car si le créancier d'une pension alimentaire devait agir par la voie de la procédure ordinaire pour faire reconnaître son droit, l'ordonnance de mesures provisoires en question ne serait qu'illusoire, puisqu'il s'agit précisément de mesures provisoires destinées à déployer leurs effets immédiatement. Or, il convient d'examiner si une telle ordonnance peut être considérée comme un jugement exécutoire au sens des art. 80 et 81 LP, si elle bénéficie donc des facilités d'exécution prévues dans la loi précitée.

Le Tribunal fédéral (2) a donné au terme de « jugement exécutoire » une interprétation très large en ce sens qu'il considère com-

(1) Du 11 avril 1889. — (2) ATF 67 I 9 ; 31 I 98 ; 29 I 444 ; 24 I 75.

me tel toute décision rendue en contradictoire par une autorité judiciaire et portant sur une question contestée entre deux ou plusieurs parties.

Aux termes de cette jurisprudence, l'ordonnance de mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs doit incontestablement être considérée comme un jugement répondant aux conditions des art. 80 et 81 LP dès qu'elle est, au surplus, exécutoire. Elle statue, en effet, sur une contestation découlant du droit privé. A ce titre, elle ne représente pas une simple ordonnance de procédure, mais encore établit-elle, pour ce qui concerne la pension alimentaire, une obligation de droit matériel à payer une certaine somme d'argent, et ce non seulement de façon provisoire, mais, du moins pour une certaine durée, de façon définitive. Une telle ordonnance revêt, de ce fait, les caractéristiques d'un jugement civil, et elle est exécutoire dès qu'elle est passée en force de chose jugée. Il est cependant vrai que l'ordonnance fixant la pension alimentaire cesse de plein droit dès que les conditions de fait ou de droit sous lesquelles elle a été rendue ne sont plus données, c'est-à-dire dès que le procès n'est plus pendant ou que les époux ne vivent plus séparés.

L'accomplissement de cette condition résolutoire doit toutefois être établi, conformément à la règle valant en matière de preuve, par la partie qui s'en prévaut et en fait découler sa libération de l'obligation de fournir une pension alimentaire, circonstance qui n'empêche nullement que, sous réserve de cette preuve, l'ordonnance de mesures provisoires soit, en tant qu'elle a pour objet des sommes d'argent à payer ou des sûretés à fournir, un jugement exécutoire au sens des dispositions de la LP, celle-ci ne parlant pas de jugement définitif. C'est aussi l'avis du Tribunal fédéral (3).

2. Mais le législateur fédéral n'entend pas admettre sans restriction l'exécution forcée entre époux pendant le mariage. Aussi a-t-il posé en principe à l'art. 173 Ccs que les époux ne peuvent, pendant le mariage, requérir l'exécution forcée l'un contre l'autre que dans les cas prévus par la loi. Cette interdiction équivaut à une mesure protectrice de l'union conjugale et vaut aussi longtemps que celle-ci n'est pas dissoute. Or, nous avons vu précisément que le mariage déploie ses effets également durant l'instance en divorce puisque seul le jugement définitif sera susceptible, pour autant qu'il prononce le divorce, d'apporter des changements à la situation réciproque des époux. La pension alimentaire accordée à la femme à titre de mesure provisoire pour la durée du procès en divorce est notamment un effet général engendré par le mariage. Or, il n'y a aucune raison à ce que l'on n'applique pas également, quant à son exécution, les règles relatives aux effets généraux du mariage. Il conviendra de voir par la suite quelles sont les exceptions à l'interdiction posée à l'art. 173 Ccs que le législateur a jugé opportun de prévoir.

(3) ATF 41 I 119.

3. La règle générale interdisant l'exécution forcée entre époux a nécessairement pour conséquence que la prescription ne court point pendant le mariage à l'égard des créances réciproques des époux (art. 134 ch. 3 CO). Et comme il s'agit d'un effet personnel du mariage, l'inadmissibilité de l'exécution forcée s'applique à tous les régimes matrimoniaux, même à la séparation de biens ; elle s'applique en outre aux deux époux et non pas seulement aux créances de la femme contre le mari, comme on pourrait le décider si la tutelle maritale était maintenue.

4. On se demandera quel doit être le mode de poursuite à observer entre époux. Le législateur (4) aurait voulu, par analogie avec l'art. 43 LP, édicter une règle de ce genre : « La poursuite exercée par un époux contre l'autre a lieu par voie de saisie ou de réalisation de gage et, en concurrence avec d'autres créanciers, selon le mode de poursuite auquel le débiteur est soumis ». Il s'est réservé d'insérer une prescription pareille dans les dispositions transitoires, mais il n'a pas fait usage de cette réserve.

5. Lorsqu'une poursuite aboutit à la saisie de biens du débiteur, la loi distingue entre les biens saisissables et les biens insaisissables. On ne saurait, en effet, priver le débiteur de ce dont il a besoin pour subsister. Le salaire constitue notamment, au sens de l'art. 93 LP, un bien relativement saisissable, c'est-à-dire qu'il ne peut être saisi que déduction faite de ce que le préposé estime indispensable au débiteur et à sa famille.

La saisie de salaire étant le cas le plus fréquent lors de poursuites dirigées contre le débiteur, la jurisprudence a établi quelques règles afin de déterminer la somme saisissable dans chaque cas particulier. Le Tribunal fédéral, quoique saisi uniquement de plaintes pour violation de droit en vertu de l'art. 19 LP, a contribué dans une large mesure à l'élaboration de ces règles. Il convient de les examiner ici pour autant qu'elles sont en rapport avec les saisies consécutives à des poursuites dirigées contre le débiteur d'une pension alimentaire.

Le minimum vital qui doit être laissé au débiteur ne représente pas, aux termes de cette jurisprudence, ce que le débiteur utilise pour vivre sur un pied correspondant à sa situation sociale ; il suppose nécessairement des restrictions de sa part. Il est évident qu'on ne peut appliquer dans tous les cas un schéma ; il y a lieu de faire, le cas échéant, des nuances en fonction de la profession et du domicile (ville ou campagne) du débiteur, contrairement à certaines législations étrangères (5) qui se basent sur un taux fixe.

Les conditions de famille du débiteur sont un élément déterminant. La jurisprudence compte parmi la famille, c'est-à-dire parmi ceux qui viennent avant tous les autres créanciers : les enfants légitimes, les parents envers lesquels le débiteur a une obligation d'entretien, les tiers élevés et entretenus par le débiteur en vertu d'une obli-

(4) Exposé des motifs, p. 139. — (5) SJZ 32/79.

gation morale, et les enfants illégitimes attribués au débiteur avec effet d'état civil. Comme on le voit, la jurisprudence du Tribunal fédéral a étendu passablement le cercle de la famille en matière de poursuite. Elle n'a, en revanche, tiré la conséquence d'une telle extension que sur le tard : alors que, dans les cantons, la question était jusqu'alors controversée (6), le Tribunal fédéral a admis que, lorsque le débiteur est poursuivi en paiement d'une dette alimentaire, il ne peut se prévaloir de son minimum vital, et qu'il doit être procédé dans tous les cas à la saisie d'une partie de son salaire, même si celui-ci n'atteint pas le minimum prescrit (7). Cette part doit correspondre à celle qui reviendrait à la femme, respectivement à l'enfant, s'ils vivaient en ménage commun avec le débiteur. Ce principe ne vaut toutefois pas lorsque la pension mise en poursuite, du fait des arrérages, constitue un vrai capital. Les autorités de surveillance zurichoises (8) ont cependant précisé à juste titre qu'on ne peut parler d'un tel capital que lorsque le créancier a renoncé de son propre gré à faire valoir sa créance durant un laps de temps relativement long, ou lorsque celle-ci résulte d'un acte de défaut de biens obtenu dans une poursuite précédente. Le Tribunal fédéral s'est refusé à prévoir d'autres exceptions (9).

La formule établie par le Tribunal fédéral lors de saisies de salaire en faveur d'un créancier d'aliments a été interprétée dans un arrêt récent (10). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral développe à nouveau la formule qui consiste à déterminer la part de salaire saisissable en prenant le minimum nécessaire à l'existence du créancier comme numérateur et le minimum vital de la famille du débiteur (au sens donné ci-dessus) y compris le créancier lui-même, comme dénominateur (11). A ce propos, il convient de remarquer que le Tribunal fédéral a adopté une notion du minimum vital qualifiée de « Notbedarf » et qu'il n'assimile d'autre part pas ce « Notbedarf » du créancier au montant intégral qui lui a été alloué par jugement à titre de pension alimentaire. En effet, il admet une somme réduite pour autant qu'il n'est pas établi que le créancier a besoin de la somme entière pour pouvoir vivre en dehors de la famille du débiteur (12). Cette réduction se justifie également pour d'autres motifs. A teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il ne peut être saisi, en faveur du créancier, une somme plus grande que celle lui revenant au cas où il vivrait en commun ménage avec le débiteur (13), parce que, dans ces conditions, les membres de la famille au sens strict du mot devraient s'imposer des restrictions relativement plus considérables que le créancier lui-même. Le minimum nécessaire à l'existence de ce créancier ne doit, de ce fait, pas être pris en compte pour une somme supérieure à celle qui lui écherrait s'il vivait dans le ménage du débiteur (14). Parmi les mon-

(6) SJZ 36/110 n° 79 ; 37/293 n° 176. BIZüR 47 n° 156. — (7) ATF 44 III 53 ; 45 III 22 et 29. SJZ 38/297 n° 135 ; 37/263 n° 176. — (8) BIZüR 34 n° 151. — (9) ATF 27 I 68 ; 32 I 112. — (10) ATF 74 III 46. — (11) ATF 71 III 177 ; 74 III 6. — (12) ATF 68 III 28 et 106 ; 71 III 177. — (13) ATF 68 III 28 ; 45 III 85 ; 50 III 17. — (14) ATF 74 III 7.

tants pouvant être pris en considération (pension alimentaire, somme réellement nécessaire pour subsister, ou encore minimum vital en cas de ménage commun) il convient de prendre le moins élevé. Au cas où le minimum vital du créancier de la pension alimentaire —, en admettant qu'il vive en ménage commun avec le débiteur —, serait inférieur à la somme qui lui a été allouée à titre de pension alimentaire ou à la somme qu'il nécessite réellement, au cas où il devrait, de ce fait, admettre que ce montant inférieur soit pris en compte pour déterminer la part du salaire saisissable en sa faveur, il y a lieu de calculer, par conséquent, le minimum nécessaire à l'existence des autres membres de la famille en supposant que le créancier vit dans le ménage du débiteur.

6. Il est hors de doute que les conséquences de droit public attachées à la saisie infructueuse et à la faillite sont exclues dans l'exécution forcée entre époux. En aucun cas, il ne doit être permis que l'un des époux puisse obtenir contre l'autre un acte de défaut de biens ou une déclaration de faillite. Le rédacteur du Code (15) aurait volontiers exprimé cette idée dans la loi. Toutefois, comme les conséquences de droit public de la faillite sont déterminées de façon divergente par la législation cantonale, on a jugé convenable de laisser aux cantons le soin de régler cette question. Mais il avait été prévu de dire, dans les dispositions transitoires, que les prescriptions cantonales excluant les conséquences de droit public dans les poursuites entre époux demeurerait en vigueur, et que les cantons devraient, le cas échéant, statuer une exception à ce sujet. L'art. 173 al. 2 Ccs tel qu'il a été conçu par la suite reprend cette idée et prescrit que la privation des droits civiques pour cause de saisie infructueuse ou de faillite n'est pas encourue par suite des pertes que l'un des époux a subies du chef de l'autre.

7. En outre, on peut être d'opinion différente quant à la portée de l'art. 173 Ccs. Le Tribunal cantonal vaudois (16) a admis que cet article ne met pas obstacle à l'exécution forcée d'un jugement entre époux conformément aux dispositions du Code de procédure civile sur l'exécution forcée, cette disposition du droit fédéral ne prohibant que l'exécution forcée par la voie de la poursuite. La doctrine (17) et la jurisprudence (18) sont unanimes à voir en l'art. 173 Ccs une interdiction frappant non seulement la poursuite, mais aussi tout autre genre d'exécution forcée, même la procédure d'exécution cantonale et le séquestre. Aussi la jurisprudence des tribunaux zurichois (19) tendant à admettre la confiscation de biens du mari pendant la durée du procès en divorce nous paraît-elle tout au moins sujette à des doutes, car l'interdiction de l'art. 173 Ccs vaut également pour la durée du procès et, d'autre part, des sûretés ne peuvent être obtenues, en droit

(15) Exposé des motifs, p. 139/140. — (16) Arrêt du 13.3.1921, recours Frédéric Vuille. — (17) Egger, n° 2 ad art. 173. Gmür, n° 4 ad art. 173. Avis contraire : Etter, p. 39. — (18) ZSR n.F. 47/108 a. — (19) BIZÜR 18 n° 103.

suisse, qu'en vertu des dispositions de la LP ; or, c'est précisément ce mode d'exécution qu'exclut sans aucun doute l'art. 173 Ccs.

Certains auteurs (20) préconisent l'admission du séquestre à titre de mesure provisoire, soit qu'ils estiment qu'une telle mesure se justifie au regard de l'art. 145 Ccs, soit qu'ils sont d'avis que la ratio legis de l'art. 173 Ccs ne saurait être étendue à la procédure de divorce, cette interdiction étant d'ordre moral et l'action en divorce contenant déjà l'action en reconnaissance de la dette prévue à l'art. 278 LP. Cette conception ne saurait être approuvée, car elle subordonne l'admissibilité du séquestre au degré d'incompatibilité existant entre époux (21). Le Tribunal fédéral (22) a déclaré, contrairement à ce qu'il avait affirmé dans un arrêt précédent (23), que l'interdiction des poursuites qu'édicté l'art. 173 Ccs est une règle qui intéresse l'ordre public. Il suffit pourtant de considérer les tempéraments que le législateur a apportés au principe de l'interdiction des poursuites entre époux pour admettre que, s'il a jugé bon de ne pas laisser sans défense la femme dont le mari est l'objet de poursuites de la part d'un tiers et s'il lui a accordé, en pareil cas, la possibilité de participer à la saisie pratiquée par ce tiers, le même souci l'eût vraisemblablement conduit, s'il y avait songé, à faire une autre exception au principe pour le cas où le mari n'ayant pas de domicile en Suisse et des saisies complémentaires n'étant dès lors pas possibles, le droit de participation lui-même se trouve exclu. Et la seule façon de remédier aux inconvénients de cette situation est bien de concéder à la femme, à défaut d'un droit de participation à la saisie consécutive au séquestre, la faculté d'obtenir elle-même un séquestre sur les biens de son mari qui se trouvent en Suisse. Mais c'est là aussi la seule exception admise par le Tribunal fédéral. Les dispositions cantonales prévoyant le séquestre comme mesure provisionnelle (Vaud, CPC art. 40 ; Fribourg, CPC art. 189) ne sont donc pas applicables en l'espèce.

8. Enfin, on peut se demander quel sera le mode prévu pour se prévaloir de l'interdiction de l'art. 173 Ccs. D'après l'arrêt Schönhof (24), l'art. 173 Ccs n'est pas une règle qui intéresse l'ordre public ; il faudrait admettre, par conséquent, qu'en négligeant de faire opposition au commandement de payer, le débiteur a tacitement renoncé à se prévaloir de la règle énoncée au dit article, et que la plainte contre la commination de faillite doit être considérée comme tardive. Néanmoins, dans un arrêt précédent (25) déjà, le Tribunal fédéral avait admis que toute poursuite enfreignant l'interdiction de l'art. 173 Ccs devait être annulée d'office par l'autorité de surveillance, la ratio legis de l'art. 173 Ccs interdisant que l'on laisse à l'appréciation du poursuivi s'il veut s'opposer à la poursuite ou non. L'exception de nullité tirée de l'art. 173 Ccs doit donc, aux termes de cette jurispru-

(20) ZSR n.F. 47/108 a. Etter, p. 107 et 108. — (21) Etter, p. 108. — (22) ATF 63 III 140. — (23) ATF 56 III 169. — (24) ATF 56 III 169. — (25) ATF 40 III 9.

dence, être soulevée par voie de la plainte et non par voie d'opposition. Sur la base de sa nouvelle jurisprudence consistant à considérer l'art. 173 Ccs comme une règle intéressant l'ordre public, le Tribunal fédéral (26) admet que l'exception qui en découle peut donc être invoquée en tout temps et même soulevée d'office. Il est évident, lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'une règle touchant à l'exécution forcée, c'est-à-dire à une matière soumise à l'application exclusive de la loi territoriale, ce caractère une fois fixé, les conséquences qui en découlent sont les mêmes, quels que puissent être le domicile ou la nationalité des intéressés (27).

Les tribunaux cantonaux (28) ont appliqué strictement le principe énoncé par le Tribunal fédéral et ont proclamé que le poursuivi ne peut se libérer, en procédure de main-levée, en invoquant l'interdiction des poursuites entre époux, ce moyen relevant de l'autorité de surveillance. Le moyen tiré de la nullité de la poursuite ne rentre pas dans le cadre de l'art. 81 LP. Le juge de main-levée est donc tenu de faire droit à la demande. L'art. 173 Ccs n'a d'effet que sur la poursuite et n'en a aucun sur la créance elle-même ni sur son exigibilité (29). A l'appui de la maxime des débats présidant à cette procédure, les tribunaux vaudois (30) ont, par contre, refusé la main-levée lorsqu'il s'agit d'une poursuite entre époux et que le poursuivant n'oppose pas au moyen soulevé de ce chef par le poursuivi l'exception d'incompétence du juge de main-levée pour en connaître. Cette jurisprudence nous paraît toutefois douteuse.

§ 46. Exceptions à l'interdiction de l'art. 173 Ccs.

1. L'art. 173 Ccs vise un état d'exception et il n'y a pas lieu, pour cette raison, d'en étendre le champ d'application par une interprétation trop large. Ainsi le veut la règle établie par le Tribunal fédéral (ATF 40 I 42). En outre, il ne s'agit pas d'un privilège accordé au débiteur d'un certain genre de créance, notamment de celle découlant du régime matrimonial, mais d'une mesure protectrice de l'union conjugale. Celle-ci s'applique, par conséquent, à toutes les revendications pouvant naître entre époux, sans égard à leur nature, au régime matrimonial ou au fait qu'elles sont dirigées contre le mari ou contre la femme.

2. L'idée mise à la base de l'art. 173 Ccs ne vaut plus dès qu'un des époux est poursuivi par des tiers. Aussi, le Code civil accorde-t-il dans ce cas à l'autre conjoint un droit de participer à la saisie ou d'intervenir dans la faillite (art. 174 Ccs) et prévoit-il qu'en cas d'insuffisance des biens d'un conjoint poursuivi par voie de saisie, ses

(26) ATF 63 III 140. — (27) SJZ 35/329 n° 224. — (28) JT 1919 II 98 ; 1931 II 162 ; 1932 II 94 ; 1933 III 139. SJZ 17/169. — (29) SJZ 23/344. — (30) SJZ 15/348 n° 227.

créances contre l'autre époux deviennent exigibles et peuvent être saisies, ou lorsque l'un des époux est déclaré en faillite, ses créances contre son conjoint tombent dans la masse (art. 175 Ccs).

Ces exceptions à la règle posée à l'art. 173 Ccs et interdisant les poursuites entre époux pendant le mariage ne seront cependant que très rarement données pour l'exécution forcée d'une ordonnance de mesures provisoires. Par contre, les dispositions qui sont applicables dans le cas particulier sont prévues à l'art. 176 Ccs, à teneur duquel l'exécution forcée peut toujours être poursuivie à l'effet de réaliser la séparation de biens légale ou judiciaire et pour le recouvrement des subsides que l'un des époux doit à l'autre en vertu d'une décision du juge.

La jurisprudence (31) a admis que les exceptions de l'art. 173 Ccs sont limitativement énoncées aux art. 174 à 176 Ccs. L'exécution forcée d'une ordonnance de mesures provisoires ne peut donc être requise que s'il s'agit de subsides alloués à l'un des époux ou de la séparation de biens.

3. a) Même en interprétant strictement la disposition de l'art. 176 al. 2 Ccs, il est hors de doute que la femme peut recourir à l'exécution forcée en vue du recouvrement d'une pension alimentaire qui lui a été accordée à titre de mesure provisoire. Toutefois, le Tribunal fédéral (32) a restreint ce droit en prononçant que l'obligation du mari est toujours en corrélation avec les besoins de la créancière et que si, en cas d'inexécution de la part du mari, la femme néglige de réclamer l'exécution conformément à la loi, l'obligation ne disparaît pas tant que les besoins de la créancière subsistent, et l'on peut, par conséquent, en requérir l'exécution ; par contre, la femme qui renonce, à un moment donné, aux moyens légaux d'exécution forcée et qui assure seule son entretien ne saurait, ultérieurement, réclamer la valeur en argent des prestations qui ne lui ont pas été faites et qu'elle n'a pas réclamées. Mais le Tribunal fédéral (33) est revenu sur cette opinion et a admis que celle-ci ne saurait être applicable à la pension alimentaire allouée à la femme en faveur des enfants qui lui sont confiés ni à celle fixée auparavant par ordonnance du juge. En pareil cas, la possibilité de recouvrement découle des dispositions relatives à l'exécution forcée, aux termes desquelles la main-levée peut être requise, à moins que le débiteur ne prouve que la dette a été éteinte, qu'il a obtenu un sursis postérieurement au jugement ou qu'il ne se prévale de la prescription (art. 81 LP).

La jurisprudence du Tribunal fédéral (34), quoique ayant déclaré que les exceptions de l'art. 173 Ccs sont énumérées de façon limitative aux art. 174 à 176 Ccs, a toutefois admis que le recouvrement des subsides dus par l'un des époux à l'autre peut faire l'objet d'une exécution forcée même s'ils ont été fixés par une convention ; au

(31) ATF 40 III 9 ; 42 III 349. ZBJV 76/609. Cf. Etter, p. 39. — (32) ATF 52 II 330. — (33) ATF 55 II 161. — (34) ATF 70 III 80.

sens strict de l'art. 176 al. 2 Ccs, seuls des subsides ordonnés par le juge peuvent être obtenus par voie de la poursuite. Mais les subsides fixés par convention doivent logiquement être assimilés à ceux alloués par le juge, du moins par rapport à l'exécution forcée. L'idée dont s'inspire la disposition en question et selon laquelle l'exécution de la pension alimentaire ne doit pas être ajournée jusqu'au moment de la dissolution de l'union conjugale — si elle doit atteindre le but qu'elle se propose — cette idée, donc, est tout à fait indépendante de la façon dont les subsides ont été fixés. En outre, il n'y a aucune raison à restreindre l'exécution forcée de ces subsides aux cas où ils auraient été ordonnés par le juge, en ce sens que les époux vivant séparés devraient également saisir le juge d'une requête en vue de régler la question des aliments alors qu'ils sont d'accord sur le montant ; et ceci d'autant moins que ces conventions ne sont pas soumises à l'approbation du juge. Le seul fait que l'obligation de fournir une pension alimentaire d'un montant déterminé ne peut pas toujours être établie avec la même certitude que si la fixation avait eu lieu par le juge, n'en empêche nullement l'exécution forcée.

b) La notion de « subsides » telle qu'elle figure à l'art. 176 al. 2 Ccs ne comprend pas seulement la pension alimentaire due à la femme ou aux enfants. En effet, le Tribunal fédéral (35) a interprété ce terme en ce sens que celui-ci vise toutes les prestations de l'un des époux à son conjoint dont l'ajournement jusqu'à la dissolution de l'union conjugale ou même des biens conjugaux ne serait pas compatible avec le but de l'obligation de fournir. Sur la base de cette jurisprudence, l'avance de frais de procès allouée à la femme à titre de mesure provisoire a été déclarée susceptible de faire l'objet d'une poursuite (36). Ainsi s'explique la jurisprudence des tribunaux bernois (37) tendant à suspendre le procès en divorce jusqu'à ce que le débiteur de l'avance de frais allouée à son conjoint se soit exécuté.

c) Le Tribunal fédéral (38) a tenté de donner à l'art. 176 al. 2 Ccs une interprétation encore plus large en faveur de la femme. Il a appliqué cette disposition aux frais d'intervention adjugés à la femme au cours de la procédure relative aux mesures provisoires en argumentant que, dans le cas contraire, une partie de la pension alimentaire devrait précisément être affectée au paiement de ces frais, ce qui équivaldrait à une réduction de cette dernière, réduction qui n'était certes pas dans l'intention du législateur.

Cette extension n'est toutefois pas applicable aux indemnités de procès allouées à l'un des époux ensuite du rejet de l'action en divorce (39). En effet, la pension alimentaire allouée pour la durée du procès est supprimée de plein droit dès qu'intervient un jugement définitif, tandis que les indemnités de procès ne deviennent exigibles au plus tôt que lorsque le jugement est passé en force de chose jugée ; à ce moment, le mari est tenu de reprendre la vie commune avec sa fem-

(35) ATF 48 III 125. — (36) ATF 53 III 151. SJZ 29/153 n° 26. — (37) ZBJV 55/238. — (38) ATF 63 III 45, — (39) ZBJV 76/609.

me et une poursuite que lui intenterait celle-ci pour les frais de procès en divorce ne contribuerait nullement à la reprise de relations normales entre les époux telle que l'entend le législateur. Les considérations applicables au premier cas ne le sont donc pas au second. Si le mari n'obtempère pas au jugement, il sera loisible à la femme de demander, par l'intermédiaire du juge, une pension alimentaire dont le montant tiendrait compte des frais de procès dont elle ne peut requérir l'exécution.

En outre, l'exécution forcée ne peut être requise aux fins de procéder au recouvrement d'indemnités allouées à l'un des époux en vertu d'un jugement pénal intervenu contre son conjoint pendant la durée du procès en divorce pour établir les responsabilités (40).

Il est vrai que l'art. 173 Ccs comporte, malgré les exceptions prévues, une certaine rigueur à l'égard de la femme. En effet, celle-ci peut être livrée aux attaques incessantes de son mari sans qu'elle puisse s'y opposer de façon efficace en procédant au recouvrement des frais qui lui ont été alloués au cours de ces procédures (41). Mais cette rigueur n'existe pas seulement dans le cas particulier : un époux peut causer à son conjoint n'importe quel préjudice sans que celui-ci soit en droit de requérir des dommages-intérêts par voie de poursuite.

4. En corrélation avec l'art. 173 Ccs, la question s'est posée si l'interdiction de poursuites pouvait être également opposée au cessionnaire d'une créance née entre époux. La question a été résolue différemment selon qu'il s'agissait de la pension alimentaire ou d'autres subsides alloués en vertu d'une décision du juge. Dans le premier cas, seule la question de savoir si la pension alimentaire peut être cédée valablement doit être envisagée, l'interdiction de poursuites ne s'y rapportant pas. Les uns (42) prétendent que la pension alimentaire est incessible de par sa nature éminemment personnelle (art. 164 CO), alors que d'autres (43) ne s'opposent nullement à une cession, surtout lorsqu'il s'agit de sommes exigibles depuis longtemps.

Quant aux autres subsides, la jurisprudence (44) est unanime à admettre que l'interdiction de l'art. 173 Ccs ne saurait être opposée au cessionnaire. L'opinion contraire tendrait à une restriction du droit des époux de disposer de leurs biens. Une telle portée ne doit toutefois guère être attribuée à l'art. 173 Ccs, quand bien même il toucherait à l'intérêt public. Pour autant que le régime matrimonial autorise un époux, notamment la femme, à disposer de ses biens, que ce soit du tout ou seulement de ses biens réservés, la ratio legis de l'art. 173 Ccs tendant à protéger l'union conjugale ne peut être invoquée contre la cession d'une créance envers l'autre conjoint, au même titre qu'elle ne saurait être invoquée contre l'aliénation de n'importe quel autre bien. Cette ratio legis cesse par rapport au tiers qui acquiert — valablement — une telle créance.

(40) SJZ 36/32 n° 5. — (41) ZBJV 79/233. — (42) ZBJV 75/228. — (43) SJZ 35/329 n° 224. — (44) BLZÜR 28 n° 161. SJZ 29/116 n° 81. ATF 49 III 184.

Aux termes de cette jurisprudence, toute créance qu'un époux acquerrait envers l'autre en vertu d'une ordonnance de mesures provisoires et qui ne pourrait être exécutée par voie de poursuite peut donc être cédée à des tiers sans que ceux-ci risquent de se faire opposer l'interdiction de l'art. 173 Ccs. Les cas examinés par la jurisprudence (45) se rapportent à des époux vivant sous le régime de la séparation de biens ; aussi la question de l'admissibilité de la cession au regard des dispositions sur le régime matrimonial était-elle éliminée d'entrée. Par contre, pour les indemnités allouées par décision du juge, on peut se demander si, sous le régime de l'union de biens ou de la communauté de biens, cette créance doit être considérée comme constituant un bien réservé. Gmür (46) admet que l'énumération de l'art. 191 Ccs n'est pas limitative, en sorte que la Cour suprême du canton de Zurich (47) s'est vue en droit d'assimiler les indemnités de procès aux biens réservés, à défaut de quoi il faudrait, aux termes de cet arrêt, créer une troisième catégorie de biens incompatible avec le Code civil.

Enfin, il convient d'ajouter que si le débiteur doit se prévaloir de l'interdiction de poursuites par voie de la plainte (art. 17 LP) (48), il doit, au contraire, invoquer l'inadmissibilité de la cession d'une créance envers lui en faisant opposition au commandement de payer (49), le juge seul étant appelé à trancher une telle question.

5. Nous avons déjà précisé (50) que puisqu'il s'agit d'une règle touchant à l'exécution forcée et soumise, de ce fait, à l'application de la loi territoriale, l'art. 173 Ccs ne saurait tolérer d'exceptions par rapport à la nationalité ou au domicile des intéressés. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé dans le cas où le débiteur avait son domicile à l'étranger, alors que la juridiction cantonale avait admis l'exécution forcée (51) en pareil cas. Cette dernière conception semble s'être implantée dans la jurisprudence des autorités cantonales de surveillance (51).

6. S'agissant, en l'occurrence, d'une règle touchant à l'exécution forcée, c'est-à-dire avant tout à la procédure, le Tribunal fédéral (52) s'est refusé à appliquer à l'art. 173 Ccs les règles relatives à l'abus de droit. La femme, d'une part, ne peut se prévaloir de l'art. 2 Ccs en alléguant que son mari refuse à tort de reprendre la vie commune et se prévaut, de ce fait, abusivement de l'interdiction de poursuites (53). Le mari, d'autre part, ne peut invoquer l'art. 2 Ccs en contestant la validité de la cession, par sa femme, d'une créance envers lui (54) ; en effet, cette cession ne tend pas à contourner les dispositions de l'art. 173 Ccs, et celui-ci ne veut exclure que l'exécution forcée entre époux, sinon le législateur n'aurait pas prévu le droit de partici-

(45) SJZ 35/329 n° 224 ; 29/116 n° 81. — (46) N° 13 ad art. 190. — (47) BIZÜR 28 n° 161. — (48) Cf. § 45. — (49) ATF 49 III 164. — (50) Voir § 45 ch. 8. — (51) ATF 70 III 80. SJZ 35/329 n° 224. — (52) ATF 43 II 613. — (53) ZBJV 76/609. — (54) BIZÜR 28 n° 161.

pation à la saisie ou la possibilité de faire valoir la compensation qui visent le même but.

7. Enfin, le Code prévoit à l'art. 176 al. 1 Ccs une dernière exception à l'art. 173 Ccs en stipulant que l'exécution forcée peut toujours être poursuivie à l'effet de réaliser la séparation de biens légale ou judiciaire. Cette dernière possibilité revêt de l'importance du fait que le juge des mesures provisoires peut ordonner la séparation de biens en vertu de l'art. 145 Ccs. Celle-ci pourra donc, le cas échéant, être réalisée par voie de poursuite pour autant qu'il s'agisse de sommes d'argent à payer ou de sûretés à fournir. Mais si les époux ont adopté, par contrat de mariage, le régime de la séparation de biens, ils ne pourront, pour le cas où la liquidation du régime précédent ne sera pas encore achevée, recourir à l'exécution forcée en invoquant l'art. 176 al. 1 Ccs ; celui-ci ne vise, en effet, que la séparation de biens légale ou judiciaire. Le juge devra, dans ce cas, — comme nous l'avons vu (55) — ordonner lui-même la séparation.

En outre, le Code prévoit à l'art. 192 Ccs que les biens réservés sont soumis aux règles sur la séparation de biens. On pourrait admettre qu'il s'agit, en l'espèce, d'une séparation de biens légale et que l'exécution forcée devrait être autorisée pour sa réalisation. Le Tribunal fédéral (56) n'est toutefois pas de cet avis. Sous « séparation de biens légale », il entend celle prévue à l'art. 182 Ccs, c'est-à-dire celle intervenant lorsque les créanciers de l'un des époux subissent une perte dans sa faillite ou celle que l'un des époux fait inscrire, avant le mariage, quand les créanciers d'un conjoint sont porteurs d'actes de défaut de biens.

8. Le Code ne prévoit, par contre, aucune exception à l'art. 173 Ccs pour les sûretés qu'un des époux peut requérir envers l'autre pour se faire garantir la restitution de ses apports. Le Tribunal fédéral (57) a admis que tel était également le cas après l'ouverture de l'action en divorce et qu'il ne saurait être question, en l'espèce, d'une lacune que le juge doit combler en application de l'art. 1 Ccs. Le mariage déploie, en principe, ses effets nonobstant l'introduction d'une demande en divorce, et les autorités chargées de la poursuite ne peuvent déterminer si le divorce sera réellement prononcé ou non. La femme n'est, aux termes de cette jurisprudence, toutefois pas sans protection : il lui est loisible de requérir la séparation de biens et d'intenter une poursuite à l'effet de sa réalisation. Le détour par l'art. 183 Ccs se justifie parce que la réalisation de la séparation de biens ne nécessite généralement pas, en procédure de divorce, des digressions considérables.

Contrairement à cette jurisprudence, la Cour suprême du canton d'Argovie (58) a déclaré que l'art. 173 Ccs ne s'oppose pas à

(55) BlZür 23 n° 143. — (56) ATF 42 III 349. — (57) ATF 71 III 4. — (58) SJZ 35/265 n° 176.

l'exécution forcée de sûretés, cette déduction découlant des art. 189 al. 3 et 176 al. 1 Ccs et, en outre, de l'idée que la séparation de biens est appelée à déployer ses effets pour la durée du mariage, c'est-à-dire également pour la durée du procès en divorce, et non seulement aussitôt, mais aussi pour l'avenir. L'effet immédiat en est la restitution des apports. Mais lorsque le mari ne peut y procéder immédiatement, soit qu'il n'a pas les disponibilités nécessaires, soit que le montant des apports est contesté, il en conserve momentanément la disposition. Jusqu'à concurrence de la somme laissée ainsi à la disposition du mari, la femme doit bénéficier de sûretés en vertu de l'art. 189 al. 3 Ccs. Et puisque l'exécution forcée peut être poursuivie à l'effet de réaliser la séparation de biens, rien ne s'oppose à ce que cette possibilité soit également donnée lorsqu'il s'agira d'obtenir les sûretés pour les apports que le mari est tenu de restituer, mais dont il conteste le montant.

En principe, cette jurisprudence est conforme à celle du Tribunal fédéral en tant qu'elle considère le droit de la femme à requérir des sûretés en vertu d'une ordonnance prononçant la séparation de biens comme une conséquence de cette dernière. Sous ce rapport, ces sûretés doivent être assimilées à la séparation de biens pour laquelle le Tribunal fédéral admet l'exécution forcée sans restriction. Quant aux autres sûretés ordonnées indépendamment de la séparation de biens, elles ne peuvent, en aucun cas, faire l'objet d'une poursuite entre époux. Tel est le cas notamment pour les sûretés que le juge viendrait à ordonner en garantie de la pension alimentaire allouée à la femme (59).

§ 47. Main-levée d'opposition.

1. Nous avons vu, au début de ce chapitre, que l'ordonnance de mesures provisoires est considérée comme un jugement exécutoire autorisant, en principe, le créancier à requérir la main-levée définitive. Nous avons également vu que l'efficacité d'une telle ordonnance se mesure, dans chaque cas particulier, d'après sa faculté de faire bénéficier le créancier, le cas échéant, de la main-levée. En effet, il est loisible au débiteur de ne pas faire opposition à un commandement de payer qui lui est notifié en vertu d'une ordonnance de mesures provisoires non valable en soi. En revanche, il lui est loisible de faire opposition à tout commandement de payer sans qu'il doive motiver son opposition, et toute opposition, même celle formée sans fondement, suspend la poursuite. Le créancier doit alors requérir soit la main-levée définitive en produisant l'ordonnance sur laquelle il se base, soit la main-levée provisoire lorsque la poursuite se fonde sur une convention tenant lieu de reconnaissance de dette.

(59) Fribourg, LI.Ccs art. 46.

2. Au préalable, il y a lieu de constater que le juge de la main-levée sera rarement identique avec celui des mesures provisoires, alors même que le for des mesures provisoires et le for de la poursuite devaient être le même (une telle coïncidence ne sera que purement fortuite et sera due aux dispositions cantonales sur la compétence à raison de la matière). Cette circonstance aura pour effet que le juge de main-levée sera d'autant plus libre dans l'appréciation des faits qui lui sont soumis. En outre, il convient de rappeler que la main-levée n'a d'effet que sur la poursuite en cours et n'en a aucun sur la créance; le juge de la main-levée ne statue pas sur la prétention elle-même, mais uniquement sur le caractère exécutoire des titres produits. Il suffit que les conditions légales soient données. Enfin, ces conditions seront différentes selon que l'ordonnance en question émane d'une autorité du canton dans lequel la poursuite a lieu ou d'une autorité d'un autre canton.

3. Dans le premier cas, la main-levée définitive doit être accordée à moins que l'opposant ne prouve par titre que la dette a été éteinte ou qu'il a obtenu un sursis, postérieurement au jugement, ou qu'il ne se prévale de la prescription. A cela s'ajoute la règle que le poursuivi ne peut se libérer en invoquant l'interdiction des poursuites entre époux (art. 173 Ccs), ce moyen relevant de l'autorité de surveillance.

En application de cette dernière règle, les tribunaux ont accordé la main-levée bien que la poursuite soit entre époux, mais s'il s'agissait de recouvrement d'une provision ad litem (60), et lorsque la poursuite était exercée par le cessionnaire d'un des époux contre l'autre (61). Par contre, elle a été refusée lorsqu'il s'agissait d'une poursuite entre époux et que le poursuivant n'opposait pas au moyen soulevé de ce chef par le poursuivi l'exception d'incompétence du juge de main-levée pour en connaître (62).

4. Pour ce qui est de la pension alimentaire, la main-levée est accordée :

a) sur la base d'une convention extrajudiciaire tenant lieu de mesures provisionnelles (63) ;

— et ce aussi longtemps qu'une nouvelle convention ou un autre événement ne vient pas modifier l'état de droit que les parties ont entendu créer entre elles (64).

b) sur la base d'une ordonnance de mesures provisoires ;

— celle-ci valant jusqu'au jour du jugement définitif statuant sur le fond (65) ;

— mais à la condition que le procès en divorce ait été ouvert

(60) JT 1928 II 19. — (61) JT 1932 II 94 ; 1924 II 48. — (62) SJZ 23/344.
— (63) Vaud, Tribunal cantonal 2.2.1937 Gilomen. — (64) Vaud, Tribunal cantonal 1.12.1936 Bovay. — (65) JT 1935 III 66 ; 1937 III 102.

à temps (CPC vaudois art. 47 ; CPC fribourgeois art. 194) (66) ;

— à moins que le débiteur n'établisse que, pour la période pour laquelle les aliments lui sont réclamés, le prononcé n'était plus en force, la demande en divorce n'étant plus pendante ou les époux ne vivant plus séparés (67) ;

— sans que le mari débiteur de la pension puisse opposer en compensation les frais d'action que lui doit sa femme (68) ;

— même si le créancier de la pension est demeuré trois ans sans agir (69) ;

— lorsqu'il ne s'est produit aucun fait nouveau de nature à supprimer la cause légale de tout ou partie de l'obligation (70) ;

— lorsque la situation pour laquelle la pension a été ordonnée n'a pas été totalement et définitivement modifiée par des événements postérieurs (71) ;

— lorsque l'élément nouveau est imputable au créancier de la pension (72) ;

— alors même que le poursuivant porte atteinte au droit de visite (73) ;

— lorsque la femme avait renoncé à la pension de l'enfant (74) ;

— nonobstant la réforme intervenue dans la procédure de divorce (75) ;

c) sur la base d'une transaction tenant lieu de mesures provisionnelles (76) ;

— sans attestation spéciale du caractère exécutoire lorsque ce caractère ressort des circonstances (77) ;

d) sur la base d'une reconnaissance judiciaire, s'il n'est pas établi que l'obligation alimentaire a cessé d'exister (ATF 39 II 18. SJZ 16/109).

En revanche, la main-levée a été refusée en cas d'inexécution de la convention de la part du poursuivant (78) et dans un cas où le poursuivi s'est obligé à entretenir le poursuivant ou, à ce défaut, à lui payer une certaine somme, le créancier n'ayant pas établi qu'il n'avait pu obtenir l'entretien en nature (79).

En matière de provision ad litem, la main-levée est accordée en principe (80) ;

— même lorsqu'elle est exigée par le cessionnaire (81) ;

— lorsqu'elle est exigée immédiatement (82) ;

(66) JT 1932 III 40 ; 1933 III 139. — (67) ATF 41 I 119. JT 1915 I 433. — (68) JT 1929 II 29. — (69) ATF 55 II 161. SJZ 16/109. JT 1930 I 207. — (70) SemJud 1915/76. SJZ 14/105. — (71) SemJud 1937/145. — (72) SemJud 1929/619. — (73) SJZ 21/337. — (74) SJZ 24/377. — (75) Panchaud et Caprez, p. 194 (§ 100 lit. m). — (76) SemJud 1921/8. JT 1929 II 29. SJZ 25/346. — (77) Panchaud et Caprez, p. 193 (§ 100 lit. c). — (78) Panchaud et Caprez, p. 163 (§ 91 lit. d). — (79) Panchaud et Caprez, p. 163 (§ 91 lit. e). — (80) JT 1937 III 102. — (81) JT 1937 III 102. — (82) JT 1928 II 19.

— alors même qu'au moment où elle est réclamée, l'ordonnance est devenue caduque pour la pension (83) ;

— quel que soit le résultat du jugement en divorce (84) ;

— sans que le mari puisse invoquer la compensation avec les dépens que la femme lui doit en vertu de ce jugement (85).

5. Si l'ordonnance de mesures provisoires a été rendue dans un autre canton, l'opposant peut en outre contester la compétence du juge qui l'a prononcée ou se prévaloir de ce qu'il n'aurait pas été régulièrement cité ou légalement représenté (art. 81 LP). L'exception d'incompétence ne sera toutefois prise en considération que si le juge des mesures provisoires a manqué à son devoir de vérifier qu'il ne résulte pas d'emblée que son for est incompétent, et que s'il a admis une requête manifestement irrecevable (86). Dans les cantons où il n'est exigé aucun examen préalable de la compétence (par exemple Thurgovie, SJZ 11/83 n° 25), l'ordonnance de mesures provisoires sera nécessairement un titre de main-levée inattaquable sous ce rapport-là. Le fardeau de la preuve incombe, conformément à la règle générale en matière de preuve (art. 8 Ccs), à celui qui déduit son droit des faits qu'il allègue. Ainsi, le créancier aura fourni la preuve qu'il incombe en produisant le titre de main-levée sur lequel il se base, c'est-à-dire l'ordonnance de mesures provisoires, et en outre, en prouvant la régularité de la citation (87). Le débiteur, de son côté, doit prouver tous les faits susceptibles d'infirmer l'ordonnance en question.

6. Outre les exceptions que lui concède le droit fédéral, le débiteur peut se prévaloir encore de celles tirées du droit cantonal, notamment de l'incompétence du juge de main-levée *ratione materiae*, et de celles tirées de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite, notamment du for de la main-levée, des feries, des suspensions de poursuite, etc... Il n'y a toutefois pas lieu de traiter ces questions dans ce travail.

7. Le prononcé de main-levée n'est pas susceptible de recours en nullité au Tribunal fédéral (88), l'exception consistant à dire que le droit cantonal était applicable au lieu du droit fédéral devant, dès lors, faire l'objet d'un recours de droit public (89). La partie contre laquelle des mesures provisoires sont requises à un for incompétent aura ainsi la possibilité de se prévaloir à quatre reprises différentes de l'incompétence du juge qui rendra tout de même son ordonnance : tout d'abord, il peut soulever le déclinatoire à l'instruction ; ensuite, il peut recourir contre la décision du juge conformément à la procédure cantonale ; en troisième lieu, il peut s'opposer à l'exécution de l'ordonnance et se prévaloir de l'incompétence en procédure de main-levée ; enfin, il peut former un recours de droit public depuis le mo-

(83) JT 1937 III 102. — (84) JT 1937 III 102. — (85) JT 1937 III 102. — (86) ATF 53 I 55. — (87) ATF 41 I 119. — (88) ATF 20/869 ; 22 I 65 ; 42 II 527 ; 57 I 295. — (89) ATF 57 I 295. JT 1932 I 440.

ment de la citation à la première audience jusque trente jours après le prononcé de main-levée d'opposition (ATF 53 I 55).

8. Il y a, en outre, recours de droit public au Tribunal fédéral contre un prononcé de main-levée pour cause de déni de justice (90) et, en matière intercantonale, pour fausse application des art. 61 CF et 81 LP. Le Tribunal fédéral ne sera pas limité, dans ce dernier cas, à un examen portant uniquement sur la question de savoir s'il y a déni de justice ou non ; au contraire, il sera tout à fait libre dans l'appréciation des conditions auxquelles est soumise l'exécution et il suffira qu'une fausse interprétation de l'art. 81 LP ait provoqué le rejet de la demande en main-levée pour que le recours soit admis (91). Saisi d'un recours de droit public pour violation de l'art. 4 CF, le Tribunal fédéral ne pourra intervenir que si l'autorité cantonale a violé le principe de l'égalité devant la loi, soit en faisant acception de personnes, soit en donnant d'un texte légal une interprétation si manifestement insoutenable que sa décision équivaut à un déni de justice (92).

CHAPITRE SECOND :

ORDONNANCES NE PORTANT PAS SUR DES SOMMES D'ARGENT A PAYER OU DES SURETÉS A FOURNIR.

§ 48. Procédure cantonale.

Nous avons relaté (93) la jurisprudence tendant à accorder à l'art. 173 Ccs une valeur absolue en ce sens qu'il exclurait toute exécution forcée, même celle prévue par le droit cantonal, lorsqu'elle n'a pas pour objet des sommes d'argent à payer ou des sûretés à fournir. Le Tribunal cantonal vaudois (94) ne partage pas cette conception ; il estime que l'art. 173 Ccs ne met pas obstacle à l'exécution forcée d'un jugement entre époux conformément aux dispositions du Code de procédure civile sur l'exécution forcée, cette disposition ne prohibant que l'exécution forcée par la voie de la poursuite. Il admet, en outre, qu'une ordonnance de mesures provisoires ayant pour objet la consti-

(90) ATF 50 I 237 et 224. — (91) ATF 38 I 504 ; 39 I 208 ; 41 I 119. —

(92) SemJud 1936/465. Une décision accordant la main-levée ne peut être examinée que sous l'angle de l'arbitraire (ATF non publié du 25.11.48 en la cause Bruttin). — (93) Cf. § 45 ch. 7. — (94) Recours Frédéric Vuille. 13.3.1931.

tution de sûretés peut être exécutée, au choix du bénéficiaire, par la voie de la procédure cantonale ou par celle de la LP (95). Tel est également l'avis de Leuch (96), pour autant qu'il s'agisse de sûretés bien déterminées. Or, le Tribunal fédéral (97) n'admet pas l'exécution forcée en vue de garantir la restitution des apports de la femme. On peut se demander, dès lors, pourquoi le législateur autorise, à l'art. 145 Ccs, le juge à ordonner toutes les mesures provisoires qui lui semblent nécessaires, pourvu qu'elles soient conformes au Code civil, alors que, d'autre part, il en interdirait l'exécution. Force nous est d'admettre que l'art. 173 Ccs ne vise que l'exécution forcée par les voies prévues dans la LP (Etter, p. 39 et 41).

§ 49. Les différentes solutions de la procédure cantonale.

1. Certains codes de procédure civile cantonaux (98) disposent expressément que l'exécution forcée peut être poursuivie en vertu d'une ordonnance provisionnelle. La loi vaudoise (99) assimile l'ordonnance de mesures provisionnelles, quant à son exécution, au jugement définitif. La manière dont il doit être procédé à l'exécution est cependant réglée différemment dans chaque canton, conformément aux particularités de leur procédure.

2. La procédure vaudoise (100) confère les attributions relatives à l'exécution forcée au juge de paix. Celui-ci somme, par exploit, sur réquisition de l'instant à l'exécution, la partie condamnée de s'exécuter dans le délai fixé par l'ordonnance de mesures provisoires, avec avis qu'à ce défaut il sera suivi à l'exécution forcée. La procédure d'exécution comporte donc trois phases : la notification de l'exploit-sommation, la notification de l'ordonnance d'exécution forcée et l'exécution forcée proprement dite (101). Le jugement est exécutoire notwithstanding toute opposition et toute réclamation quelconque, sauf à la partie qui se plaint de la manière dont le jugement a été exécuté à intenter une action pour faire corriger l'exécution et obtenir des dommages-intérêts s'il y a lieu (art. 588 CPC). En l'état de la législation, le juge ne dispose toutefois d'aucun moyen pour contraindre un individu personnellement à accomplir une prestation consistant en un acte ou une abstention (102). Aucun jugement ou arrêt n'est exécutoire qu'autant qu'il porte la déclaration d'exécuter (art. 590 CPC).

3. La procédure genevoise (103) prévoit une première phase consistant en la signification au débiteur avec commandement de satisfaire au contenu du jugement. La seconde comporte l'exécution par force et autorité de justice. Les demandes incidentes, les oppositions

(95) JT 1933 III 139. — (96) N° 1 ad art. 398. — (97) ATF 71 III 4. — (98) Valais, CPC art. 373. Genève, LPC art. 458. Berne, Leuch n° 1 ad art. 400. — (99) CPC art. 591. — (100) CPC art. 601. — (101) JT 1922 III 60. — (102) JT 1922 III 111. — (103) LPC art. 464 ss.

et toutes les autres contestations qui s'élèveraient sur l'exécution forcée, entre les parties elles-mêmes ou de la part de tiers intervenants ou opposants, sont portées devant le tribunal. Les dites contestations seront instruites et jugées comme toutes les autres causes (art. 471 LPC).

4. En Valais (104), l'exécution a lieu sous l'autorité du juge instructeur. Celui-ci assigne à la partie condamnée un bref délai pour l'exécution. Si l'intimé n'obtempère pas dans le délai fixé, le juge ordonne l'exécution par un tiers, aux frais du condamné, ou l'enlèvement de la chose de force. Si l'exécution ne peut être obtenue, la valeur de ces prestations, déterminée par expertise, est adjugée à l'ayant-droit à titre d'indemnité. Enfin, si le jugement comporte la défense de faire une chose, le juge signifie cette défense au condamné avec menace d'amende en cas de violation. Le juge peut, en outre, arrêter, dans son ordonnance, toutes les mesures exécutoires qui lui paraissent opportunes.

5. En procédure bernoise (105), le juge compétent en matière d'exécution de jugements est le président du tribunal du district où les mesures nécessaires pour l'exécution doivent être prises. Il statue souverainement, selon la procédure sommaire, sur tous les différends qui surgissent au sujet de l'exécution. Il ne peut, s'agissant d'une ordonnance de mesures provisoires, être interjeté appel de sa décision.

Si le jugement porte sur l'interdiction de faire quelque chose, il devra contenir menace expresse de la peine éventuelle en cas d'infraction. L'inexécution de mauvaise foi, en cas de condamnation à faire quelque chose, sera passible de sanctions pénales. Si le jugement condamne la partie succombante à délivrer un certain objet mobilier, l'huissier sera chargé d'aller le réclamer et, au besoin, de l'enlever avec l'aide de la force publique. Enfin, celui qui est l'objet de l'exécution peut y faire opposition quand les conditions légales de l'exécution font défaut et quand, depuis le jugement, sont intervenues des circonstances qui, selon les lois civiles, excluent ou suspendent l'action en tout ou en partie.

6. En matière de mesures provisoires, l'interdiction de faire quelque chose consistera notamment en la défense imposée à l'époux vivant séparé de pénétrer dans le domicile de son conjoint ; celui-ci pourra faire respecter son droit en invoquant les dispositions citées plus haut. La restitution en nature des apports de la femme ou d'effets personnels pourra être réalisée en vertu des dispositions relatives à la restitution d'objets mobiliers. Enfin, une mesure provisoire confiant l'enfant à l'autre époux sera exécutée comme un jugement portant condamnation à faire quelque chose.

CHAPITRE TROISIÈME :

§ 50. Entr'aide judiciaire.

1. L'art. 61 CF dispose que les jugements civils définitifs rendus dans un canton sont exécutoires dans toute la Suisse. Or, le Tribunal fédéral (106) a admis que l'ordonnance de mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs constitue un jugement civil définitif au sens de cette disposition de la Constitution. Les tribunaux cantonaux se sont montrés favorables à cette jurisprudence et ont assimilé l'ordonnance de mesures provisoires rendue dans un autre canton aux jugements définitifs de ce même canton (107).

2. Pour ce qui est des ordonnances portant sur des sommes d'argent à payer ou des sûretés à fournir, c'est l'art. 81 LP qui fait foi. Nous ne reviendrons toutefois pas sur cette question traitée au § 47.

3. Quant aux ordonnances ayant pour objet des prestations ne tombant pas sous le coup de la LP, il convient de préciser qu'elles ne sont pas exécutoires sans autre dans un autre canton, aussi bien que la LP elle-même fait une discrimination entre les jugements rendus dans le canton où la poursuite a lieu et ceux rendus dans un autre canton, tout en aggravant pour ces derniers les conditions auxquelles l'exécution forcée est subordonnée. Il en est de même en procédure cantonale. En effet, la plupart des cantons prévoient une autorité chargée spécialement d'accorder l'exequatur aux jugements rendus dans les autres cantons.

Dans le canton de Vaud (108), les jugements rendus hors du canton ne sont exécutoires que moyennant une déclaration du Conseil d'Etat qui statue sur les moyens d'opposition de la partie condamnée.

Dans le canton de Genève (109), les demandes d'exequatur doivent être portées devant le Tribunal, et elles sont instruites et jugées de la même manière que les autres causes. L'instant à l'exécution doit produire : une expédition du jugement légalisée par l'autorité compétente du canton où le jugement a été rendu de même qu'un certificat, également légalisé, délivré par le greffier du tribunal qui aura rendu le jugement et constatant qu'il n'existe ni opposition, ni appel, ni autre acte de recours. Le Tribunal statue librement sur la demande, mais il doit l'écarter si le jugement émane d'un tribunal incompétent ou s'il a été rendu sans que les parties aient été dûment citées et que l'opposant s'en prévale, ainsi que dans les cas où les règles du droit public, les exigences de l'équité, notamment en matière

(106) ATF 53 I 55 ; 41 I 119. — (107) ZBJV 63/326. — (108) CPC art. 586. — (109) LPC art. 463.

de réciprocité, ou les intérêts de l'ordre public du canton s'opposent à ce que le jugement y reçoive son exécution.

Dans le canton de Neuchâtel (110), c'est le Tribunal cantonal qui est appelé à accorder l'exequatur. Les dispositions relatives au recours en cassation sont applicables par analogie pour la procédure genevoise. Le Tribunal cantonal statue également librement sur la demande, mais il est tenu de l'écarter si le jugement émane d'un tribunal incompétent ou s'il a été rendu sans que les parties aient été dûment citées et légalement représentées ou défaillantes, et que l'opposant s'en prévale, et en outre, si les règles du droit public ou les intérêts de l'ordre public du canton s'opposent à ce que le jugement y reçoive son exécution.

En Valais (111), les jugements rendus dans les autres cantons sont exécutés sur le vu d'une expédition du jugement certifié exécutoire et moyennant que les conditions requises par l'art. 61 CF soient remplies. Le juge instructeur somme, préalablement, la partie visée à faire valoir ses moyens contre l'exécution.

Cette disposition du code valaisan est reprise presque textuellement du code de procédure civile bernois (112), sauf que dans ce dernier canton, c'est la Cour d'appel qui délivre l'exequatur (113).

4. Comme on le voit, les conditions de l'exequatur varient sensiblement d'un canton à l'autre. Néanmoins, on peut distinguer deux groupes :

les cantons posant expressément des conditions bien déterminées pour le rejet de la demande et laissant, pour le surplus, le droit de libre appréciation à l'autorité chargée d'accorder l'exequatur (par ex. Genève et Neuchâtel) ;

les cantons se référant, à part quelques conditions d'ordre purement formel, à l'art. 61 CF (par ex. Vaud, Berne et Valais).

Il est vrai que, d'une part, les procédures du premier groupe réservent également les dispositions de la Constitution fédérale (114), et que, d'autre part, le principe posé à l'art. 61 CF n'est subordonné à aucune condition spéciale. La doctrine (115) est toutefois unanime à admettre que la partie contre laquelle l'exécution est requise peut se prévaloir de l'incompétence du juge qui a rendu le jugement ou l'ordonnance et de l'irrégularité de la citation, et que l'exequatur ne peut être délivré que si le jugement ou l'ordonnance sont exécutoires. Ces conditions doivent être examinées d'office et, le cas échéant, prouvées par l'instant à l'exécution (contrairement à la procédure de main-levée où il suffit à la partie demanderesse de produire le titre de main-levée et de prouver la régularité de la citation) (116).

L'autorité chargée d'accorder l'exequatur n'est pas liée aux constatations du jugement lui-même, toutefois elle ne saurait procé-

(110) CPC art. 501. — (111) CPC art. 282. — (112) Art. 400. — (113) ZBJV 63/326. — (114) Genève, LPC art. 463. Neuchâtel, CPC art. 505. — (115) Burckhardt, p. 575 ss. Leuch, n° 2 ad art. 400. — (116) Voir § 47 ch. 4.

der à une revisio in iure. La compétence à raison du lieu se détermine, pour ce qui est des mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs, d'après les règles établies par le droit fédéral (art. 144 Ccs) et la jurisprudence du Tribunal fédéral, cependant la jurisprudence (117) tend à prendre en considération l'acceptation tacite de l'opposant lorsque celui-ci a laissé l'action s'engager devant un juge incompétent à raison du lieu sans en décliner la compétence. Quant à l'incompétence *ratione materiae*, elle doit être retenue en procédure d'exequatur lorsque cette circonstance s'opposerait à l'exécution de l'ordonnance en vertu de la législation du canton dans lequel elle a été rendue (118). La forme de la citation se détermine d'après le droit en vigueur au lieu où le procès est intenté, tandis que la signification doit être conforme au droit du canton où celle-ci doit avoir lieu (119). Enfin, l'art. 61 CF n'empêche pas qu'une ordonnance de mesures provisoires rendue sans que la partie adverse ait été citée soit tout de même exécutoire dans un autre canton, si la législation du canton dont elle émane admet cette façon de procéder (120).

5. Il résulte de cette jurisprudence que l'exécution de jugements rendus dans d'autres cantons atteint tout de même une certaine uniformité. Cette uniformité est garantie, au surplus, par la possibilité de recours de droit public au Tribunal fédéral pour violation de l'art. 61 CF (121).

CHAPITRE QUATRIÈME :

RÉPRESSION PÉNALE.

§ 51. De droit fédéral.

Le Code pénal suisse contient trois dispositions qui peuvent être invoquées en corrélation avec les mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps. Ce sont :

1. L'art. 292 : « Celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétent, sera puni des arrêts ou de l'amende ».

(117) ZBJV 83/413. — (118) Leuch, n° 2 ad art. 400. — (119) ATF 30 I 351 ; 31 I 271 ; 38 I 548. — (120) ZBJV 68/78. — (121) OJ art. 84 al. 1 lit. a. et art. 86.

Il est très rare que le juge des mesures provisoires fasse usage de ce moyen. Toutefois, tel pourrait être le cas lorsqu'il ordonne à l'un des conjoints de quitter le domicile conjugal ou lorsqu'il confie la garde d'un enfant détenu par l'un des époux à son conjoint.

2. L'art. 217 : « Celui qui, par mauvaise volonté, par faiblesse ou par inconduite, ne fournira pas les aliments ou les subsides qu'il doit à ses proches en vertu du droit de famille, sera puni de l'emprisonnement ».

On ne peut guère donner au terme de « subsides » la même interprétation qu'à l'art. 176 al. 2 Ccs. Il ne s'agit ici que de subsides destinés strictement à l'entretien. Par contre, on pourrait admettre qu'il n'est pas nécessaire que l'obligation d'entretien ait été fixée par le juge. Le Tribunal fédéral (122) a cependant prononcé que seul l'époux qui n'est pas en instance de divorce et qui, sans l'autorisation du juge, a quitté le domicile conjugal est punissable, alors même que son obligation d'entretien à l'égard de sa femme et de ses enfants n'a pas été fixée par le juge civil ou par une convention.

Si, en revanche, la pension alimentaire a fait l'objet d'une ordonnance de mesures provisoires, il convient d'examiner à la lumière des principes établis par le Tribunal fédéral en matière de saisie de salaire (123) dans quelle mesure celui qui ne gagne pas suffisamment pour subvenir à son entretien et à celui de sa famille fait preuve de mauvaise volonté en ne fournissant aucun subside à sa femme ou à ses enfants vivant hors de son domicile.

En parlant de mauvaise volonté, le législateur exige plus que l'intention de ne pas remplir l'obligation d'entretien : l'exécution doit en être omise sans aucun motif, tant au point de vue objectif que subjectif (124). Cette condition est remplie objectivement dès qu'il est possible au débiteur de s'acquitter de sa dette, et que l'on peut exiger de lui qu'il s'en acquitte, notamment par rapport à ses autres obligations; subjectivement, il faut que le débiteur soit conscient de cette circonstance. Or, le Tribunal fédéral (125) admet que ce qui peut être saisi au débiteur d'une pension alimentaire peut aussi être exigé de lui au sens de l'art. 217 CPS. Quant au côté subjectif, on ne saurait pousser trop loin la rigueur de la preuve, d'autant moins que chacun doit être conscient des devoirs que lui impose le mariage, et surtout lorsque le débiteur aura été rappelé à ses obligations par de nombreuses poursuites ; il n'est pas nécessaire que celui-ci ait fait lui-même le calcul en vue de déterminer si, dans le cas particulier, il pouvait être procédé à la saisie d'une partie de son salaire en faveur du créancier de la

(122) ATF 70 IV 177 ; 74 IV 52 et 159. — (123) Voir § 45 ch. 5. — (124) ATF 73 IV 178. — (125) ATF 74 IV 154. Cf. en outre BlZür 47 n° 156 : Le débiteur peut se prévaloir de son minimum vital lorsqu'il est poursuivi en paiement d'une pension alimentaire due à l'épouse divorcée, les règles citées au § 45 ch. 5 de ce travail ne valant qu'entre parents en ligne directe ascendante et descendante.

pension alimentaire. On ne peut, par contre, exiger qu'il devrait, dans les conditions données, se chercher une occupation mieux rétribuée.

3. Et enfin l'art. 220 : « Celui qui aura soustrait ou refusé de remettre un mineur à la personne qui exerce la puissance paternelle ou la tutelle sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement ou de l'amende ».

Cette sanction sera notamment encourue par l'époux qui abuse de son droit de visite pour garder chez lui l'enfant confié à son conjoint.

§ 52. De droit cantonal.

1. Quelques législations cantonales prévoient spécialement des sanctions pénales pour celui qui n'obtempère pas à une ordonnance de mesures provisoires. Ainsi, le Code de procédure civile valaisan (126) dispose que si la partie succombante ne s'exécute pas, le juge prend les mesures exécutoires nécessaires ; en outre, il peut prononcer contre le coupable une amende proportionnée à l'importance de la cause et allant jusqu'à Fr. 500.—. La législation du canton de Zoug (127) prévoit une amende de Fr. 10.— à 100.— qui est prononcée si la partie n'obtempère pas à la première sommation ; si l'amende elle-même reste sans effets, il est procédé à l'exécution forcée proprement dite conjointement à une procédure pénale introduite contre la partie récalcitrante en vertu des dispositions du Code de procédure pénale.

2. D'autres procédures cantonales prévoient enfin des sanctions pénales assez sévères parmi les dispositions sur l'exécution des jugements en général. Tel est le cas dans la procédure civile bernoise. Toute infraction à un jugement prononçant interdiction de faire quelque chose est punie, sur plainte de la partie adverse, d'une amende de Fr. 5.000.— au maximum, pouvant être cumulée avec des arrêts ou, dans les cas graves, avec un emprisonnement pour une année au plus (128). Toutefois, le jugement ou l'ordonnance doit porter menace expresse de la peine éventuelle. L'inexécution de mauvaise foi est passible des mêmes sanctions pénales (129).

Ainsi, lorsque le mari contrevient à une ordonnance de mesures provisoires qui confie pour la durée du procès en divorce l'enfant à la mère, il est punissable, même si, par la suite, le jugement lui attribue l'enfant ou règle autrement le droit de visite. Le principe de la *lex mitior* n'est pas applicable aux contraventions à des règles de comportement dont la durée de validité est limitée de prime abord (130).

(126) Art. 353. — (127) Vollziehungsverordnung des Obergerichtes zum Gesetze betr. die Einführung des schweizer. ZGB § 6. — (128) CPC art. 403. — (129) CPC art. 404. — (130) ZBJV 82/225.

CONCLUSION

Le Code civil est en vigueur depuis bientôt 40 ans. Malgré les innovations qu'il a apportées en matière de divorce, tant au point de vue du droit positif que de la procédure, — innovations qui ont certes eu de grandes répercussions en matière de mesures provisoires —, le nombre des divorces n'a pas diminué ; au contraire, ce nombre va toujours croissant. Aussi ne faut-il pas s'imaginer que tous les abus signalés soient imputables au seul droit fédéral ; ils résultent surtout de la procédure de divorce, abandonnée aux cantons, à cause de sa diversité et surtout à cause des imperfections qu'elle accuse.

L'art. 145 Ccs n'est certes pas destiné à combattre le divorce. Il n'a pas un effet préventif à l'égard des mesures protectrices de l'union conjugale. Toutefois, le juge devra veiller à ne pas ordonner des mesures qui auront pour conséquence d'accentuer l'incompatibilité d'humeur existant entre les époux et de rendre par là le divorce inévitable alors qu'une réconciliation ne semblait pas exclue d'emblée. A cet effet, il convient de se rappeler que chaque divorce est un cas pour soi, et on ne saurait le soumettre à une procédure prévue soit pour d'autres contestations civiles également, soit pour tous les cas de divorce. Il en va de même pour les mesures provisoires selon l'art. 145 Ccs. On pourrait, il faut en convenir, argumenter de la sorte pour toute contestation qui doit être portée devant un tribunal. Toutefois, en matière de divorce, l'intérêt des parties en cause n'est pas seul en jeu ; il y a aussi l'intérêt public, et s'il s'agit de conjurer des abus, il faut détruire le mal à sa source.

Les législateurs cantonaux ont certes fait un effort méritoire en vue de lutter contre le nombre croissant des divorces. Ainsi, la procédure genevoise (1) dispose que tout jugement ou arrêt prononçant le divorce ou la séparation de corps sera réputé nul et non avenue si les deux parties ont, dans le délai fixé pour l'opposition, l'appel ou le recours au Tribunal fédéral, ou encore dans un délai de 20 jours à dater du retrait de l'opposition ou de l'appel, déclaré renoncer au divorce ou à la séparation de corps. La procédure civile zurichoise (2) intervient de façon préventive en obligeant les époux à attendre qu'il se soit écoulé huit semaines dès la tentative de conciliation avant de pouvoir saisir le tribunal. Ce n'est donc, en résumé, pas tant la procédure civile en elle-même qui est la cause du nombre constamment croissant des divorces, mais la manière dont elle est appliquée. Cette constata-

(1) LPC art. 443 al. 3 (modifié par les lois des 6.2.1943 et 12.2.1944).

(2) CPC § 254.

tion vaut spécialement en matière de mesures provisoires. On ne peut, en effet, procéder selon un schéma, aussi subtil soit-il, comme le font certains tribunaux de première instance. Une application par trop étendue de la maxime du débat qui semble s'implanter de plus en plus dans la matière, ne contribue d'autre part nullement à la réalisation des idées que le législateur entendait émettre lors de l'élaboration du Code Civil. Le droit matériel le plus développé ne pourra pas manifester ses effets aussi longtemps que la procédure y relative n'est pas apte à en assurer la réalisation au sens qu'a bien voulu lui donner le législateur bien intentionné. C'est dès lors aux cantons qu'incombe, comme par le passé d'ailleurs, de remédier aux maux constatés en réformant leur procédure en divorce, ou tout au moins en la rendant plus souple et en l'adaptant aux circonstances du cas concret.

Mais, au fond, le danger, ce n'est pas tant le divorce que le mauvais mariage. C'est là qu'il faut, en tout premier lieu, rechercher les causes de la recrudescence des divorces que l'on constate actuellement. Et ce domaine échappe, d'ailleurs à juste titre, à la législation ; il n'appartient pas à celle-ci d'édicter des prescriptions ressortissant uniquement à la morale.



